Die Sachmängelhaftung beim Fahrniskauf nach deutschem und schweizerischem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von

Herbert Oels

aus Bernburg/Saale.

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 1931.

Erlangen

Druck der Buch- und Akzidenzdruckerei Höfer & Limmert
1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dekan: Professor Dr. Wenzel.

Referent: Professor Dr. Lent.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit.

Literaturverzeichnis.

Apt: Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Bd. I, Berlin 1907; Bd. II, Berlin 1910.

Becker: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Herausgegeben von Dr. M. Gmür. Bd. VI, das Obligationenrecht, Bern 1913, 1917, 1922, 1923.

Brückner: Einige Streitfragen aus dem Gebiete des Werkvertrages, das „Recht" 1908.

Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigen Recht. Freiburg i. Br. 1897.

— System des Bürgerlichen Rechts, Bd. II. 1902.

v. Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 4. Aufl. Prag, Wien, Leipzig, 1899.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht, Bd. II, Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1905, 1906; 4. Aufl. 1915.

— Lehrbuch des preußischen Privatrechts und Privatrechtsnormen. 3. Aufl. Halle 1882.

Eckert: Die Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock, 1904.

Eichler: Sonderbestimmungen bei der Gewährleistung für Mängel der Kaufsache nach dem neuen H.G.B. Diss. Leipzig, 1903.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Gruch.-Beiträgen. Bd. 43, Berlin 1899.

Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem B.G.B. Diss. Jena, 1899.

Engeling: Worin unterscheidet sich nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches die Haftung des Verkäufers und des Unternehmers hinsichtlich der Fehler und Mängel der Kaufsache und des Werkes? Diss. Leipzig, 1902.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, Abt. II. 28. bis 30. Aufl. Marburg 1928.

Fick: Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht vom 30. März 1911. 2. Aufl. Zürich 1911.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896. Handausgabe, herausgegeben von O. Fischer und W. v. Henle. 11. Aufl., München 1921; 13. Aufl., München 1923.

Flechtheim: Aufhebungsanspruch und Einrede. Ein Beitrag zur Lehre von der Wandelung, in Gruch.-Beiträgen, Bd. 44.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I, 2. Aufl. 1903.

Grabner: Zur Auslegung des § 465 B.G.B. in Gruch.-Beiträgen, Bd. 50 und 51.

Gsell: Die Mängelrüge beim Kauf nach schweizerischem Obligationenrecht. Diss. Zürich, 1926.

Hafner: Das schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen. Zürich 1905.

Haßlacher: Die Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel nach dem gemeinen Recht und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Erlangen, 1897.

Haymann, Fr.: Die Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandelungsanspruches in Gruch.-Beiträgen, Bd. 46.

Hellweg: Über die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris. Archiv für die zivilistische Praxis. Heidelberg, Bd. 59, S. 1ff.

Hellwig, C.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. II. Leipzig 1903.

— Anspruch und Klagerecht, Beitrag zum Bürgerlichen und Prozeßrecht. Jena 1900.

Heuer: Über die Form des Klageantrags und Urteilstenors bei Wandelungsklagen nach § 465 B.G.B. Das „Recht", 1902.

Jackson: Die Mängelrüge nach schweizerischem und deutschem Recht. Diss. Erlangen, 1928.

Jäger: Die Haftung des Verkäufers für die Mängel der Ware beim Gattungskaufe nach dem schweizerischen Obligationenrecht. Diss. Zürich, 1911.

Langbein: Die Gewährleistung wegen Mängel der Ware beim Gattungskaufe unter Kaufleuten nach dem neuen Handelsrecht. Diss. Leipzig, 1902.

Levy: Die Gewährleistungspflicht beim Werkvertrage. Diss. Straßburg, 1903.

Oertmann: Der Zufall bei der Werkverdingung in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht, Bd. 24. Wien 1897.

— Entschädigung für Projektarbeiten, D.J.Z. 1908, L.Z. 1914. Verschulden des Bestellers beim Abschlusse des Vertrages.

— Kommentar zum B.G.B. und seinen Nebengesetzen. 2. Buch. 5. Aufl. Berlin 1928 ,1929.

Oser: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht. Zürich 1915.

Oser-Schönenberger: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, „Das Obligationenrecht", 6. Lieferung, Zürich 1929; 10. Lieferung, Zürich 1930.

Planck: Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. II. Bd., 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914; II. Bd., 2. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1928.

R.G.R.K.: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Dr. Busch, Erler, Dr. Lobe usw. Berlin 1928/1929.

Riezler: Der Werkvertrag nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich, Bd. IV. Jena 1900.

Rümelin: Dienst und Werkvertrag. Tübingen 1905.

Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse, erläutert von Fr. Schollmeyer, 1. Hälfte, 1900.

Schwerin: Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Berlin, Leipzig 1919.

Seidelmayer: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts in Gruch.-Beiträgen, Bd. 57.

Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. München/Leipzig 1928.

Soergel: Rechtsprechung, Jahrbuch des Zivilrechts, 1911.
Staub: Kommentar zum H.G.B. 12 u. 13. Aufl. Berlin 1927.
Staudinger: Kommentar zum B.G.B. 9. Aufl. 1928, 1929.
Stübel: Die Mängelanzeigen im Handelsverkehr. Sächs. Archiv, Bd. 10, S. 405 ff.
Titze: Das Recht der Schuldverhältnisse, in Kohlrausch und Kaskel, Enzyklopädie. 2. Aufl. 1927.
Werner: Streitfragen aus dem Gebiete des Wandelungsrechts, „Das Recht", 1902.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, Frankfurt 1900.

a.O.R.: Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.
B.E.: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtes Lausanne. (26^2 797 = 26. Bd., II. Teil, S. 797.)
B.G.B.: Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.
Bl.Z.R.: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich, seit 1902.
D.J.Z.: Deutsche Juristenzeitung.
H.E.: Schweizerische Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, Zürich.
H.G.B.: Deutsches Handelsgesetzbuch.
J.W.: Juristische Wochenschrift.
O.R.: Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911.
R.G.: Reichsgerichtsentscheidungen.
Seuff. Blätter: Blätter für Rechtsanwendung, begründet von Seuffert, zuletzt herausgegeben von Dr. Kober und Dr. Th. Engelmann.
Warn.: Jahrbuch der Entscheidungen zum B.G.B., herausgegeben von R.G.R. Dr. O. Warneyer, Leipzig.
Z.P.J.V.: Zeitschrift des Berner Juristenvereins, Bern.
Z.H.R.: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt, herausgegeben von J. v. Gierke.
Z.P.O.: Zivilprozeßordnung.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 10

Hauptteil: Die Sachmängelhaftung beim Fahrniskauf nach deutschem und schweizerischem Recht 11

I. Beim Kauf 11

1. Voraussetzung der Sachmängelhaftung 11

a) Allgemeines 11

b) Ablieferung der Ware 12

c) Mängelbegriff nach deutschem und schweizerischem Recht 13

d) Der Zeitpunkt 18

α) Deutsches Recht 18

β) Schweizerisches Recht 19

e) Die Untersuchung 20

α) Deutsches Recht 20

β) Deutsches Handelsrecht und schweizerisches Recht 20

f) Die Mängelanzeige 24

α) Deutsches Recht 24

β) Deutsches Handelsrecht und schweizerisches Recht 24

g) Fortfall der Gewährleistungspflicht 27

2. Geltendmachung der Rechte 28

a) Ansprüche des Käufers im allgemeinen 28

α) Deutsches Recht 28

β) Schweizerisches Recht 29

b) Die Ansprüche im Besonderen 30

aa) Wandelung 30

α) Deutsches Recht 30

β) Schweizerisches Recht 33

bb) Minderung 36

α) Deutsches Recht 36

β) Schweizerisches Recht 38

cc) Schadensersatz 40

α) Deutsches Recht 40

β) Schweizerisches Recht 43

dd) Lieferung einer mangelfreien Sache 45

α) Deutsches Recht 45

β) Schweizerisches Recht 45

ee) Recht auf Beseitigung eines Mangels 46

α) Deutsches Recht 46

β) Schweizerisches Recht 47

Seite

3. Verjährung der Rechte 47
α) Deutsches Recht 47
β) Schweizerisches Recht 48

II. Beim Werkvertrage 51

1. Voraussetzung der Sachmängelhaftung 51
a) Mängel und Fehler 51
α) Deutsches Recht 51
β) Schweizerisches Recht 54
b) Der Zeitpunkt 56
α) Deutsches Recht 56
β) Schweizerisches Recht 60
c) Ausschluß der Haftung 64
α) Deutsches Recht 64
β) Schweizerisches Recht 65

2. Geltendmachung der Rechte 67
a) Im deutschen Recht 67
α) Anspruch auf Beseitigung 67
β) Wandelung 70
γ) Minderung 71
δ) Schadensersatz wegen Nichterfüllung 74
b) Im schweizerischen Recht 76
α) Anspruch auf Beseitigung 76
β) Schadensersatzanspruch 77

3. Verjährung der Rechte 78
α) Deutsches Recht 78
β) Schweizerisches Recht 79

Einleitung.

Die Sachmängelhaftung ist in jedem modernen Recht eines der wichtigsten Rechtsinstitute. Das gesamte Wirtschaftsleben spiegelt sich in der Behandlung und Beurteilung des Kaufes wieder.

Deutschland und die Schweiz haben beide allen Forderungen des Wirtschaftslebens entsprechende und auch vollkommen genügende Rechte. Das deutsche Recht behandelt in den §§ 459 ff. B.G.B. die Sachmängelhaftung, das schweizerische Recht in den Art. 197 ff. O.R.

Bei den nahen Beziehungen, die zwischen den beiden Ländern auf wirtschaftlichen und rechtlichen Gebiet bestehen, dürfte ein Vergleich der Sachmängelhaftung beider Staaten nicht uninteressant sein. Hauptsächlich soll dabei jedoch das schweizerische Recht berücksichtigt werden, insonderheit in seiner Verschiedenheit.

Die Sachmängelhaftung beim Fahrniskauf nach deutschem und schweizerischem Recht.

I. Beim Kauf.

1. Die Voraussetzung der Sachmängelhaftung.

a) Allgemeines.

Voraussetzung der Sachmängelhaftung beim Kauf ist zunächst das Vorliegen eines gültigen Kaufvertrages. Nicht in den Kreis der Erörterungen sind deshalb eingeschlossen alle diejenigen Fälle, in denen nicht nur die gekaufte Sache mangelhaft ist, sondern infolge der Mangelhaftigkeit essentieller Bestandteile des Rechtsgeschäfts selbst, z. B. dasselbe entweder von Anfang an nichtig ist oder durch erfolgreiche Anfechtung wegen Irrtums, Drohung oder Arglist nichtig wird. (§§ 119, 123 B.G.B.).

Hierzu gehören auch die Fälle des Irrtums über wesentliche Eigenschaften einer Kaufsache, zwar eines Motivirrtums, der aber wegen § 119 Abs. 2 B.G.B. beachtlich ist.

Die für Deutschland in Frage kommende Grundlage der Sachmängelhaftung ist das bürgerliche Gesetzbuch in seinen §§ 459 ff.

Im schweizerischen Recht ist die in Frage kommende Rechtsquelle für die Sachmängelhaftung beim Fahrniskauf das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911. Ein besonderes Handelsgesetzbuch besteht in diesem Lande nicht. Hier gelten infolgedessen die nach deutschem Recht geltenden Besonderheiten der Voraussetzungen für den Handelskauf nicht.

Voraussetzung der Sachmängelhaftung beim Handelskauf ist, daß es sich um einen Kauf über Waren oder Wertpapiere handelt. Dieser Kauf muß ein Handelsgeschäft sein. Es muß sich danach um ein Geschäft eines Kaufmannes im Betriebe seines Handelsgewerbes handeln (§ 343 H.G.B.). Der Kaufvertrag muß nach deutschem Recht (§ 377 H.G.B.), um die Bestimmungen des H.G.B. in Anwendung bringen zu können, für beide Teile ein Handelsgeschäft sein.

Neben diesen gesetzlichen Voraussetzungen können im einzelnen Falle auch noch vertragliche Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung getroffen werden. Die gesetzlichen Vorschriften über die Gewährleistung stellen außer bei dem Ausschluß der dolosen Haftung kein zwingendes Recht dar, sondern haben nur ergänzenden Charakter. Inhalt der Parteivereinbarung kann insbesondere sein die Zusicherung von besonderen Eigenschaften des Vertragsgegenstandes.

b) Ablieferung der Ware.

Hauptvoraussetzung der Sachmängelhaftung ist sowohl nach deutschem wie nach schweizerischem Recht die Ablieferung des Kaufobjektes und der dadurch bedingte Gefahrübergang. Die Ausdrucksweise ist in beiden Rechten allerdings verschieden. Beide Worte aber „Übergabe" und „Ablieferung" sind vollkommen gleichbedeutend. Das deutsche Recht spricht von der Ablieferung der Sache (§ 477 Abs. 1 B.G.B. und § 377 Abs. 1 H.G.B.) und versteht darunter den tatsächlichen Vorgang, durch den der Verkäufer die Ware aus seiner Verfügungsgewalt entläßt und dem Käufer die tatsächliche Verfügung über die Ware ermöglicht[1]). Mit anderen Worten, der Käufer soll die Ware in seinem Gewahrsam haben, um sie untersuchen und über sie verfügen zu können[2]). Art. 201 Abs. 1 des schweizerischen O.R. bringt den Ausdruck „empfangene Sache", der nach Oser[3]) dem Ausdruck „Ablieferung" im deutschen Recht gleichzusetzen ist. Die verschiedene Ausdrucksweise kann man dadurch zu erklären versuchen, daß einmal der Verkäufer, das andere Mal der Käufer als der handelnde und maßgebende Teil gedacht ist.

Das schweizerische Bundesgericht[4]) erklärt die Ablieferung als einen Akt, durch welchen der Käufer die Möglichkeit erhält, die Ware auf ihren Zustand zu untersuchen und über sie zu verfügen.

Das Wesentliche für die Ablieferung ist also nach der Auffassung der obersten Gerichte beider Staaten, daß der Käufer oder dessen Stellvertreter die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache erhalten hat. Einer Entscheidung des Reichsgerichts[5]), nach der eine Ware schon als abgeliefert gilt, wenn der Verkäufer sie in einem Lagerhaus

1) Vgl. R.G. 91, 289.
2) Vgl. R.G. 73, 391 f.
3) Vgl. Oser, a. a. O., Art. 201, II, 2 a.
4) B.E. 36 [2], 547; 17, 313, Nr. 47; H.E. 19, 49.
5) R.G. 5, S. 31.

untergebracht hat, ohne daß der Käufer zunächst von dieser Tatsache etwas erfährt, oder in dem Falle, daß ein Bauunternehmer Baumaterialien auf einem Grundstück des Käufers ablädt, und dieser erst Tage darauf eine dahingehende Anzeige vom Verkäufer erhält, muß der Verfasser widersprechen, da nach seiner Auffassung die Ablieferung erst dann als vollendet anzusehen ist, wenn der Käufer oder dessen Vertreter auch die Kenntnis von diesen Vorgängen erhalten hat[6]).

Aus den Entscheidungen der beiden obersten Gerichte ist zu ersehen, daß die Ablieferung eine wichtige Voraussetzung der Sachmängelhaftung ist (§ 477 B.G.B., § 377 H.G.B., Art. 201 O.R.).

c) Mängelbegriff nach deutschem und schweizerischem Recht.

Nach § 459 B.G.B. haftet der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür, daß sie nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu den gewöhnlichen oder den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Hierbei kommt eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht; nach Abs. 2 des § 459 haftet der Verkäufer auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.

Nach Art. 197 O.R. haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften, als auch dafür, daß die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder die Tauglichkeit zum Gebrauche aufheben oder mindern.

Auch hier ist der Begriff der Eigenschaften, wie nach deutschem Recht sowohl positiv wie negativ bestimmt. Es kann deshalb auch hier das Fehlen von Eigenschaften zugesichert werden.

Es braucht sich endlich nicht allein um körperliche Eigenschaften zu handeln. Die Ausdehnung des Begriffes ist die gleiche wie im deutschen Recht. „Danach gehören auch solche wirtschaftlichen Verhältnisse, die sich in der Beschaffenheit des Gegenstandes nicht zeigen, wie Rendite (z. B. der Mietvertrag), die Zweckbestimmung (z. B. die Eignung des Hauses zum Betriebe einer Gastwirtschaft), der Umsatz etc. hierher“[7]).

---

6) S. Staub, zu § 377, Anm. 16; Bl.Z.R. 7, 320, Nr. 143.
7) Vgl. Oser, a. a. O., Art. 197, II, 1b, a. E.

Danach ist der Sprachgebrauch des deutschen bürgerlichen Rechts der, daß der Begriff „Mangel" sowohl diejenigen Mängel umfaßt, die kraft Gesetzes zu vertreten sind, wie auch diejenigen Mängel, die in dem Fehlen vertraglich zugesicherter Eigenschaften zu sehen sind. Der Begriff „Fehler" ist enger als der Begriff des „Mangels", denn der erstere bezeichnet nur einen kraft Gesetzes zu vertretenden Mangel.

In jedem Fall handelt es sich um Mängel einer körperlichen Sache. Eine unmittelbare Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf den Kauf von Rechten läßt sich aus den Gesetzen nicht entnehmen und ist daher abzulehnen[8]).

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch muß der „Fehler", damit er als Voraussetzung für die Haftung in Frage kommen kann, den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauche der Sache beeinträchtigen.

Bei der Feststellung eines Fehlers im Sinne des Absatzes 1 des § 459 B.G.B. wird man zunächst von einer gewissen Durchschnittsqualität des Kaufobjektes auszugehen haben. Es ist dabei festzustellen, daß in jedem einzelnen Falle die Prüfung, inwieweit die Kaufsache noch zum gewöhnlichen Gebrauch geeignet ist, verschieden sein kann. Hierbei entscheiden aber nicht subjektive Gesichtspunkte, sondern die allgemeine Verkehrsauffassung. „Was außerhalb der gewöhnlichen Beschaffenheit ist, sie aber besonders fördert, wird als Vorzug, was sie hindert, als Mangel oder Fehler bewertet[9])."

Danach würde also der Wegfall oder das Fehlen von Vorzügen grundsätzlich nicht als ein Mangel anzusprechen sein.

Entscheidend für die Beurteilung der Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauche ist die Brauchbarkeit allgemeiner Art, wobei die Verkehrsanschauung mit Rücksicht auf die örtliche oder sonstige Lebensauffassung den Ausschlag gibt[10]).

Neben dem gewöhnlichen Gebrauche kommt der nach dem Vertrage vorausgesetzte in Betracht. Hier ist lediglich die besondere Auffassung der Parteien maßgebend. Voraussetzung ist jedoch, daß solche Abreden wesentliche Bestandteile des Vertrages geworden sind, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend.

Ob und inwieweit eine nur unerhebliche Wertminderung dabei vorliegt, ist in erster Linie Tatfrage. Das Reichsge-

8) Vgl. Oertmann, a. a. O., § 459, 1b, R.G. v. 11. Juni 1904; J.W. 1904, 403.

9) So R.G.R.K. § 459, 4 Iα.

10) R.G. 70, 85.

richt[11]) sieht hierin aber auch eine Rechtsfrage, die einer Revision nicht entzogen ist.

Nach deutschem bürgerlichen Gesetz ist die Lieferung einer anderen Sache nicht als Lieferung einer mangelhaften Sache anzusehen. Auf diese Fälle finden also die Gewährleistungsansprüche keine Anwendung.

Auch Quantitätsmängel sind grundsätzlich nicht als Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 B.G.B. anzusehen.

Dagegen kennt das schweizerische Recht die Ausdehnung der Sachmängelhaftung auf die Quantitätsmenge, wie es durch § 378 H.G.B. geschieht, nicht.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch haftet der Verkäufer weiter dafür, daß die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges die zugesicherten Eigenschaften hat.

Um Ansprüche aus Sachmängeln geltend machen zu können, muß im Normalfalle deren Erheblichkeit gefordert werden, vor allem zum Schutze des Verkäufers gegen etwaige Schikanen des Käufers. Dieses Bedürfnis fehlt bei zugesicherten Eigenschaften, da sich der Verkäufer selbst für Mangelfreiheit verbürgt hat.

Unter Eigenschaften im Sinne des § 459 Abs. 2 B.G.B. sind nicht nur positive Eigenschaften zu verstehen, sondern auch das Fehlen von Eigenschaften. Auch das Nichtvorhandensein eines Fehlers kann eine Eigenschaft sein.

Die Zusicherungen brauchen sich aber nicht nur auf physische Eigenschaften beziehen. § 459 Abs. 2 B.G.B. spricht ganz allgemein von „Eigenschaften", während sich im § 459 Abs. 1 B.G.B. der Ausdruck „Fehler" findet. Es sind unter „Eigenschaften" alle Verhältnisse einzubegreifen, die geeignet sind, in irgend einer Weise auf den Entschluß des Käufers zum Geschäftsabschluß bestimmend einzuwirken.

Von der Zusicherung im Sinne des § 459 B.G.B. sind nach deutsch-bürgerlichem Recht einmal ohne weiteres auszuschalten bloße allgemeine Anpreisungen und Schätzungen[12]).

Das schweizerische Recht scheidet von der Zusicherung, also von der Übernahme einer Garantie, die bloße Anpreisung.

Die Sache muß vielmehr so liegen, daß sich annehmen läßt, die vom Verkäufer betätigte Darlegung einer Eigenschaft sei ernstlich gemeint gewesen[13]), und gerade auf die Versicherung des Verkäufers hin sei der Vertrag abge-

11) Vgl. R.G.R.K. § 459, 4, Ie.
12) R.G. 54, 233.
13) M. II, 225.

schlossen worden[14]). Nach R.G. 114, S. 241, 242 gelten jedoch vertragsmäßig vorausgesetzte Eigenschaften noch nicht als zugesichert (keine „stillschweigende" Zusicherung)[15]).

Gsell[16]) bestimmt den Begriff der Sachmängel dahin, daß man unter Mängel die Abwesenheit günstiger oder das anormale Vorhandensein ungünstiger Eigenschaften versteht, und zwar verglichen mit der durchschnittlichen Beschaffenheit der Ware. Es muß die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauche gemindert werden. Das Bundesgericht[17]) versteht darunter: „den vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauch". Dieser muß sich „aus den Umständen der fraglichen Geschäfte ergeben. Als schlechthin vorausgesetzt wird derjenige Gebrauch zu betrachten sein, dem die Kaufsache gewohnheitsmäßig ihren wirtschaftlichen Bestimmungen entsprechend, zu dienen hat. Außerdem kann aber ein bestimmter Gebrauch auch dann als vertraglich vorausgesetzt erscheinen ,wenn aus den Vertragsunterhandlungen hervorgeht, daß der Käufer die Sache speziell zu diesem Gebrauche erwerben wollte, und der Verkäufer ihn durch sein Verhalten in der Erwartung, daß diese Sache hierzu tauglich sein werde, bestärkt."

Keine Mängel im Sinne des Art. 197 O.R. sind grundsätzsätzlich Quantitätsmängel. In diesem Falle greifen die Art. 97 O.R. ff. Platz.

Wie nach deutschem Recht können auch nach schweizerischem Recht in bestimmten Fällen Quantitätsmängel Qualitätsmängel sein, so z. B. die Lieferung zu kurzer Tapetenrollen, zu kurzer Hölzer, bei Verkauf von Öl in Büchsen, wenn usuell ein bestimmtes Gewicht verlangt wird und dieses im gegebenen Falle nicht erreicht wird[18]).

Beim Gattungskauf darf nach schweizerischem Recht der Schuldner gemäß Art. 71 Abs. 2 O.R. nicht eine Sache unter mittlerer Qualität anbieten. Diese bemißt sich nach den Anforderungen, die zur Zeit des Abschlusses auf dem Markte gestellt werden[19]). Art. 197 O.R. spricht nun nicht nur von körperlichen, sondern auch von „rechtlichen" Mängeln. In dem alten schweizerischen Obligationenrecht (Art. 243 a O.R.)

---

14) Staudinger, a. a. O., § 459, IV, 2a.
15) In der Entscheidung handelt es sich um Bilderkauf, wobei die Echtheit zwar als Vertragsvoraussetzung, aber nicht als eine Zusicherung vorhandener Eigenschaften angesehen wird.
16) Gsell, a. a. O. S. 16.
17) B. E. 26^2, S. 797 und 26^2, S. 746.
18) Bl.Z.R. 20 224, Nr. 114.
19) St. Gallen, J.Z. 18, 107, Nr. 84.

waren nur körperliche Mängel erwähnt. Die Ausdehnung der Ausdrucksweise hat jedoch nicht notwendigerweise eine Abweichung von der praktischen Rechtsanwendung im deutschen Recht zur Folge.

Die deutsche Rechtsprechung geht bei der Auslegung des gesetzlichen Mangels, also des „Fehlers" sehr weit. Der Reichsgerichtsrätekommentar[20]) führt dabei aus, daß nicht nur tatsächliche, insbesondere wirtschaftliche und soziale, sondern auch rechtliche Beziehungen einer Sache zu ihrer Umwelt als ihre Eigenschaften angesehen werden können. Dies wird jedoch nur dann für zulässig angesehen, wenn diese Beziehungen in der Sache selbst ihren Grund haben, „von ihr ausgehen, ihr auch für eine gewisse Dauer anhaften und nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache haben".

Auch Jackson[21]) meint, daß bei der Erwähnung der rechtlichen Mängel im schweizerischen Recht zusammen mit den körperlichen keine Verschiedenheit gegenüber dem deutschen Recht zu finden ist.

Nach Fick[22]) kann der Käufer eine Ware, die infolge Belastung mit fremden rechtlichen Ansprüchen minderwertig ist, zurückgeben.

Wenn schließlich im schweizerischen Recht ausdrücklich bestimmt ist, daß der Verkäufer auch dann haftet, wenn er die Mängel nicht gekannt hat, so gilt das gleiche auch, wenn es nicht besonders erwähnt ist, im deutschen Recht, denn die Sachmängelhaftung liegt außerhalb der Schuldhaftung.

Der Begriff des Mangels bestimmt sich in gleicher Weise nach deutschem Handelsrecht, wie nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften. Während § 377 H.G.B. die Sachmängelhaftung des H.G.B. klarstellt, dehnt § 378 des H.G.B. diese Haftung auch aus auf die Fälle, in denen eine andere als die bedungene Ware oder eine andere, als die bedungene Menge von Waren geliefert worden ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung erheblich abweicht, der Verkäufer also die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte.

Damit sind neben den Qualitätsmängel auch die Quantitätsmängel bezw. die Lieferung einer anderen Sache als Grundlage der Sachmängelhaftung getreten.

---

20) R.G. 52, 2; 61, 84. R.G.R.K. § 459, 1. 4. Ic.
21) A. a. O., S. 31.
22) Vgl. Fick, Anm. 48 zu Art. 197 O.R.

d) Der Zeitpunkt.

α) Deutsches Recht.

Bei Behandlung dieser Frage zeigen sich bereits Verschiedenheiten zwischen deutschem und schweizerischem Recht. Gleich ist allerdings beiden die Bestimmung, daß der entscheidende Zeitpunkt, in dem die Mängel vorhanden sein müssen, der Gefahrübergang ist. Während das nun im schweizerischen Recht nach Art. 185 O.R. schon mit dem Vertragsabschluß der Fall ist, fällt im deutschen Recht dieser Moment mit der Übergabe der verkauften Sache zusammen. Voraussetzung ist dabei die körperliche Übergabe[23]). Es sind aber auch Fälle denkbar, z. B. im Rahmen der §§ 930, 931 B.G.B., in denen schon die Verschaffung des mittelbaren Besitzes ausreicht. Auch die Übergabe von Dispositionspapieren (Verkauf gegen Konnossament) ist als ausreichend anerkannt[24]).

Die Durchbrechung der Regel beim Grundstückskauf[25]) und Erbschaftskauf[26]) scheidet hier aus. Dagegen ist von Bedeutung die Bestimmung des § 447 B.G.B. Versendet nach dieser Bestimmung der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, Frachtführer oder sonst einer zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Nach § 300 Abs. 2 B.G.B. geht bei Gattungsschulden die Gefahr bei Annahmeverzug über; im Handelskauf geht ausnahmsweise auch beim Spezieskauf die Gefahr bei Annahmeverzug auf den Käufer über, und zwar dann, wenn der Verkäufer gemäß § 373 Abs. 1 H.G.B. die Sache hinterlegt und gemäß § 376 Abs. 2 Ziff. 1 B.G.B. auf Zurücknahme der hinterlegten Sache verzichtet hat. Nach § 378 B.G.B. wird der Schuldner in diesem Falle so behandelt, als ob er geleistet hätte.

Bei einem Kauf unter aufschiebender Bedingung, sowie beim Kauf auf Probe wird nach § 158 B.G.B. der Vertrag erst wirksam mit dem Eintritt der Bedingung. Erst in diesem Zeitpunkt ist die Gefahr übergegangen. Anders bei einem auflösend bedingten Kauf. Hier gelten auf Grund des § 158 Abs. 2, da der Kaufvertrag bis zum Eintritt der

23) § 446 B.G.B.
24) R.G. 52, 354; vgl. auch R.G.R.K. § 446, Anm. 4.
25) § 446 Abs. 2 B.G.B.
26) § 2380 B.G.B.

Bedingung besteht, die allgemeinen Bestimmungen der §§ 300 Abs. 2, 446, 447 B.G.B. und § 373 H.G.B.

β) Schweizerisches Recht.

Nach Art. 185 O.R. geht die Gefahr, sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, mit dem Abschluß des Vertrages auf den Erwerber über. Sind die nach Vertragsschluß entstandenen Mängel auf ein Verschulden des Verkäufers zurückzuführen, so greifen die Vorschriften des Art. 97 O.R. ein. Daneben bleiben die Gewährleistungsansprüche bestehen[27]). Art. 185 O.R. regelt die Rechtsverhältnisse beim Gattungskauf. Hierbei ist wieder zu unterscheiden, ob es sich um einen Platz- oder um einen Distanzkauf handelt. Beim Platzhandel wird zum Abschluß des Vertrages nach Abs. 2 des Art. 185 O.R. verlangt, daß die Sache „überdies" ausgeschieden sei. Oser[28]) meint dazu, daß damit nicht gesagt sei, daß die Ausscheidungshandlung genüge. „Die Ausscheidung soll die Erfüllung einleiten, und diese braucht sich der Käufer nur gefallen zu lassen, wenn sie dem Vertrag hinsichtlich Gegenstand, Zeit etc. entspricht. Daß man der nach außen nicht hervortretenden Handlung des Käufers die Wirkung der Konzentration der Gattungssache geben würde, entspräche weder der Volksanschauung, noch dem Geiste des Gesetzes, das sonst für jede Wirkung des Willens dessen Äußerung verlangt."

Bei einem Versendungskaufe verlangt Abs. 2 des Art. 185 O.R. die Aufgabe zur Versendung.

Ist der Kauf unter aufschiebender Bedingung abgeschlossen, so geht nach Art. 185 Abs. 3 O.R. die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der Verschlechterung der veräußerten Sache erst mit dem Eintritt der Bedingung auf den Erwerber über. Eine Verschlechterung der verkauften Sache hat daher, solange die aufschiebende Bedingung schwebt, der Verkäufer selbst zu vertreten. — Art. 185 Abs. 1 O.R. gestattet eine vom Gesetz abweichende Regelung durch Vereinbarung. So kann z. B. der Verkäufer auf Grund besonderer Vereinbarung die Gefahr bis zum Erfüllungsorte des Käufers übernehmen, während ja sonst sein eigener Wohnsitz Erfüllungsort ist. Nach den schweizerischen Blättern der handelsrechtlichen Entscheidungen[29]) stellt die Vereinbarung der Frankolieferung noch keine Änderung des

27) So auch Jackson, a. a. O., S. 41.
28) Oser, a. a. O., Art. 185, IV, 1 b α.
29) H. E. 19, 49 E. II.

gesetzlichen Erfüllungsortes dar. Diese Vereinbarung gilt nicht als eine Regelung des Erfüllungsortes, sondern lediglich als eine Preisvereinbarung.

e) Die Untersuchung.

α) Deutsches Recht.

Nach deutschem bürgerlichen Recht besteht eine Pflicht zur Untersuchung grundsätzlich nicht.

Vollkommen verschieden ist hier die Rechtslage in der Schweiz. Nach Art. 201 O.R. besteht für jedermann die Pflicht, die Beschaffenheit einer gekauften Sache, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, zu überprüfen. Diese Pflicht erscheint zunächst als hart, ist aber begreiflich, wenn man bedenkt, daß es in der Schweiz kein eigenes Handelsrecht gibt; man behandelt also hier die Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens nach dem gemeinen bürgerlichen Recht, vermengt mit allgemeinen handelsrechtlichen Grundsätzen. — Nach den Bestimmungen des B.G.B. braucht ein Mangel der verkauften Sache dann nicht vertreten werden, wenn der Käufer den Mangel beim Abschluß des Vertrages kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Dabei kann in dem Unterlassen einer Besichtigung schon grobe Fahrlässigkeit liegen[30]). Nach der Reichsgerichtsentscheidung vom 17. 10. 1910[31]) hat allerdings der Käufer, der Anlaß zu haben glaubt oder Anlaß hat, dem Verkäufer zu mißtrauen, deshalb noch keine Verpflichtung, vor Abschluß des Kaufes über das Vorhandensein verborgener Mängel eine eingehende Untersuchung anzustellen; er ist vielmehr berechtigt, sich auf die Angaben des Verkäufers zu verlassen und es kann ihm für diesen Fall nicht entgegengehalten werden, daß er auf den Mangel keinen Wert gelegt habe[32]).

β) Deutsches Handelsrecht und schweizerisches Recht.

Anders liegen die Verhältnisse hinsichtlich der Sachmängelhaftung im Handelsrecht. Nach § 377 H.G.B. hat der Käufer, sofern der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen.

Die Untersuchung soll jedoch nicht skrupulos gehandhabt werden. Die Handels- und Gerichtspraxis hat deshalb in

30) Vgl. R.G.R.K. § 460, Anm. 1.
31) Soergel, Rspr. 1911, S. 192.
32) Staudinger, II, § 460, Anm. 1h.

dieser Hinsicht schon bestimmte Grundlinien klargestellt. Die Untersuchung muß sachgemäß und rechtzeitig geschehen. Deshalb muß sie ihrem Umfang nach auch soweit vorgenommen werden, als es notwendig ist, um das Vorhandensein von etwaigen Mängeln festzustellen. Nach Staub[33]) ist dem Käufer jedoch keine unbillige Zumutung, „keine übermäßige Belastung mit Kosten und Mühe, keine unbillige Entziehung der Verfügung über die Ware anzusinnen; im allgemeinen entscheiden darüber die allgemeinen Verkehrsanschauungen".

Oft wird es genügen, Stichproben vorzunehmen. Im deutschen Handelsrecht[35]) muß der Umstand Berücksichtigung finden, daß durch die Untersuchung die Ausstattung oder die Verpackung keine erhebliche Schädigung erleidet und die Ware dadurch entwertet wird. Die Untersuchung muß ferner mit fachmännischer Sorgfalt vorgenommen werden, unter Umständen müssen Sachverständige hinzugezogen werden, insbesondere dann, wenn z. B. bakteriologische oder chemische Produkte geliefert worden sind[35]).

Die Gerichtspraxis[36]) hat z. B. eine Kochprobe beim Leim, eine Backprobe beim Mehl für erforderlich erachtet, da sich die Güte des Mehls nur beim Verbacken, der üble Geruch des Leimes nur beim Kochen zeigt. Es ist auch z. B. Handelsbrauch[37]), die innere Beschaffenheit beim Käse nicht durch Anschneiden, sondern durch Bohrungen zu prüfen.

Wann die Untersuchung stattzufinden hat, ist jeweils im Einzelfalle besonders zu entscheiden. Die Geschäftslage des Empfängers, etwa besonders starker Geschäftsandrang, seine Abwesenheit bleibt aber grundsätzlich unberücksichtigt.

Nach Eichler[38]) steht die Frage nach dem richtigen Untersuchungsort im unmittelbaren Zusammenhange mit der Frage nach der Untersuchungszeit. Man wird auch im allgemeinen sagen können, daß der Verkäufer nicht an dem Ort, sondern an der Rechtzeitigkeit der Untersuchung ein berechtigtes Interesse hat. „Wenn daher im Falle der sofortigen Weiterveräußerung der Ware der zweite Abnehmer sie noch innerhalb der noch dem ersten Käufer zustehenden Frist an

33) Staub, § 377, Anm. 15; R.G. 96, 176.
34) Staub, eod.
35) Staub, § 377, Anm. 13.
36) Apt, a. a. O., I, S. 599 II, S. 139.
37) Eichler, a. a. O., S. 30.
38) A. a. O., S. 32.

seinem Wohnsitz untersucht, so ist die Verschiedenheit dieses Ortes vom Ablieferungsorte irrelevant“[39]).

Beim Kauf nach Probe betrifft die Prüfungspflicht nicht schon die Proben; denn hier bestimmt ja erst die Probe die Qualität, welche die später zu liefernde Ware haben soll. Zu untersuchen ist also die Ware selbst.

Fast gleichartig dem deutschen Handelsrecht sind die Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts. Nach Art. 201 O.R. soll der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit der Sache überprüfen. Für die Untersuchung besteht dabei keine besondere Form, es sei denn, daß eine solche durch Vertrag oder Usance besonders vereinbart ist. Jedenfalls ist sie Voraussetzung der Sachmängelhaftung. Nach Oser[40]) ist die Prüfung so gründlich vorzunehmen, daß der Käufer sich die Überzeugung bilden kann, ob er die Ware als Vertragserfüllung annehmen könne oder die Gewährleistungsansprüche aus der Sachmängelhaftung geltend machen wolle. Die Art der Untersuchung wird dabei der Art der Ware entsprechen. Die Entfernung der Verpackung, die Benutzung der Ware oder der Verbrauch eines Teiles der Ware wird in manchen Fällen zur Untersuchung notwendig sein. Alle diese Maßnahmen sind deshalb nicht als eine Verfügung über die Ware anzusehen bezw. als Genehmigung.

Ebenso wie das deutsche Handelsrecht verlangt die schweizerische Gerichtspraxis jedoch für die Untersuchung gewisse Vorsichtsmaßregeln, so z. B. bei der Entfernung der Verpackung. Hier darf keine Wertminderung[41]) der Sache eintreten, „wie es regelmäßig der Fall ist bei Waren, die in Originalverpackung weiter veräußert werden. Flaschenwein, Konserven ,Tabak in versiegelten Paketen[42]) etc.“[43]).

Die Benutzung der Sache ist z. B. in dem Inbetriebsetzen der Maschine, Heizung des Kessels etc. zu sehen. Der Verbrauch eines Teiles der Ware wird denkbar sein z. B. in einem Vermahlen der Gerste, Verbacken des Mehles, Verarbeiten der Wolle etc.[44]).

Die Untersuchung soll ferner sachgemäß geschehen. Deswegen muß der Käufer, wenn er selbst nicht über die

---

39) R.G. 47, 23; 73, 169.
40) Oser, a. a. O., Art. 201, II, S. 492.
41) B. E. 21, 871 = R. 14, 17, Nr. 16.
42) Genf, R. 19, 34, Nr. 22.
43) Vgl. Oser, Art. 201, II, 1b; B. E. 20, 1068; Urt. d. Zivilgerichtshofes in Genf, Revue 19, Nr. 22.
44) Vgl. Oser, eod.

nötige Sachkenntnis verfügt, Sachverständige hinzuziehen. In bestimmten Fällen würde die Untersuchung durch Vornahme von Stichproben genügen.

Der Käufer hat die Sache am Empfangsorte zu untersuchen. Es steht ihm aber naturgemäß frei, die Untersuchung schon vorher vorzunehmen, es sei denn, daß hierdurch die Interessen des Verkäufers verletzt würden. Keinesfalls aber verliert durch solche frühere Untersuchung der Käufer das Recht, die Sache am Empfangsorte noch einmal zu untersuchen, denn der Käufer ist auf eine einmalige Untersuchung nicht beschränkt.

Besonderes gilt, wenn der Käufer Ausfallmuster zugesandt erhalten hat. Zur Untersuchung der Ausfallmuster ist der Käufer unbedingt verpflichtet. Darüber hinaus befreit die Untersuchung der Ausfallmuster den Käufer noch nicht von der Verpflichtung auf die Untersuchung der Waren selbst.

Von den Umständen des Einzelfalles wird es auch abhängen, ob der Käufer schon untersuchen muß, solange die Ware auf der Bahnstation lagert, oder berechtigt ist, sie erst in seinen Lagerräumen vorzunehmen. In zweifelhaften Fällen besteht in der Schweiz die Gerichtspraxis[45]), daß der Käufer auf der Bahn jedenfalls eine oberflächliche Untersuchung vornehmen muß.

Wenn es sich um eine chemische Untersuchung handelt, so kann angenommen werden, daß aus technischen Gründen die Untersuchung an einem anderen Orte vorgenommen wird, besonders dann, wenn am Ablieferungsorte die Untersuchung in Ermangelung der nötigen Einrichtung tatsächlich undurchführbar ist.

Gerade aus solchen Gründen kann man sich sehr wohl denken, daß auch auf Grund besonderer Parteivereinbarung ein besonderer Untersuchungsort vereinbart wird. Solche Vereinbarung kann ausdrücklich abgeschlossen sein, sie könnte sich aber auch aus der Natur der Sache stillschweigend ergeben. Nach den schweizerischen Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen[46]) genügt es nicht, daß der Verkäufer darüber orientiert ist, daß die Ware vom Ablieferungsorte an den Abnehmer des Käufers weiter versendet wird. Eine Ausnahme ist jedoch dann anzuerkennen, wenn der neue Bestimmungsort schon bei Vertragsschluß in Aus-

45) Bl.Z.R. 1912 ‚Nr. 199. Vgl. 24, II, 65. Stübel, S. 443; Gsell, a. a. O., S. 39; Jaeger, a. a. O., S. 64.
46) H. E. 14, 48; E. 1.

sicht genommen war, und der Spediteur die Ware in auch dem Käufer erkennbarer Weise nur zum Zwecke der Weiterversendung in Empfang genommen hat[47]).

Neben dem Käufer kann auch dessen Vertreter oder jede andere im Geschäftsbetrieb des Käufers tätige Person die Untersuchung vornehmen. In besonderen Fällen kann bezw. muß der Käufer auch, wie schon ausgeführt, Sachverständige hinzuziehen.

Die Kosten der Untersuchung trägt der Käufer, da er die Verpflichtung zur Prüfung hat. Nur wenn die Ware vertragsmäßig war, hat er hinsichtlich der Kosten Regreßansprüche gegen den Verkäufer[48]).

f) Die Mängelanzeige.

α) Deutsches Recht.

In § 464 B.G.B. ist bestimmt, daß die vorbehaltslose Annahme der Kaufsache seitens des Käufers grundsätzlich nicht einen Verlust der Gewährleistungsansprüche zur Folge habe. Einer Mängelanzeige bedarf es nach deutschem bürgerlichen Recht bei Nichthandelsgeschäften nicht[49]). Hat der Käufer kurz nach der Annahme einen Mangel entdeckt, so ist er deshalb grundsätzlich nicht verpflichtet, dem Verkäufer gegenüber den Mangel sofort zu rügen, um sein Recht zu wahren. Er braucht bis zum Ende der Frist, während der ihm seine Rechte zustehen, den Mangel dem Verkäufer nicht anzuzeigen. Er kann vielmehr plötzlich, auch nachdem er diese Ware benutzt hat, mit seinen Ansprüchen hervortreten. Jedoch wird zumeist bei solcher Sachlage im Schweigen und im Handeln des Käufers ein Verzicht auf Gewährleistungsansprüche zu sehen sein[50]).

β) Deutsches Handelsrecht und schweizerisches Recht.

Nach deutschem Handelsrecht muß der Käufer den Mangel der Ware, die er zur Untersuchung hat, unverzüglich anzeigen. Verletzt der Käufer (§ 377 Abs. 2 H.G.B.) diese Pflicht, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war; zeigt sich (§ 377 Abs. 3 H.G.B.) später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach Entdeckung gemacht werden, sonst gilt die Ware auch

47) H.E. 19, 49; Jackson, a. a. O., S. 66.
48) B.E. 34 [2], 710 oben.
49) Vgl. R.G.R.K. § 464, Anm. 1a E.
50) Vgl. auch R.G. 39, 172.

in Ansehung dieses Mangels als genehmigt. Nach Abs. 4 des § 377 H.G.B. genügt zur Erhaltung der Rechte des Käufers die rechtzeitige Absendung der Anzeige. Nach Abs. 5 der gleichen Bestimmung gelten diese handelsrechtlichen Bestimmungen jedoch nicht, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

Die Mängelrüge muß so beschaffen sein, daß sie dem Verkäufer unzweideutig kundgibt, daß der Käufer die Ware als nicht gesetz- und vertragsgemäß befunden habe, und er hieraus Rechte herleiten will. Das deutsche Handelsrecht verlangt eine nähere Angabe, eine Substanziierung der Mängel. Nach ihm bedarf die Anzeige keiner bestimmten Form, und da zur Erhaltung der Rechte des Käufers die rechtzeitige Absendung der Anzeige genügt, so trägt die Gefahr der rechtzeitigen Ankunft der Mängelanzeige der Verkäufer. Vor der Ablieferung der Ware wird die Mängelanzeige als zulässig angesehen, aber auch hier ist die Wirksamkeit der Anzeige bedingt durch die spätere Ablieferung.

Bei verborgenen Mängeln kann die Anzeige noch später erfolgen, allerdings muß sie unverzüglich nach der Entdeckung, aber nicht später als sechs Monate nach der Ablieferung der Ware erhoben werden[51]).

Wie im deutschen Handelsrecht ist im schweizerischen Recht nach Art. 201 O.R. der Käufer verpflichtet, falls sich Mängel ergeben, sofort Anzeige zu erstatten. Nach Abs. 1 des Art. 201 O.R. ist ausdrücklich bestimmt, daß die gekaufte Sache als genehmigt gilt, falls der Käufer die Anzeige versäumt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der übungsmäßigen Untersuchung nicht erkennbar waren. Ergeben sich später solche Mängel, so muß nach Abs. 3 der gleichen Bestimmung die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls die Sache auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt.

Diese Vorschriften entsprechen den Forderungen des gesteigerten kaufmännischen Verkehrs. Vom Käufer muß die Mängelanzeige verlangt werden ,damit schon durch die Rüge der Verkäufer in die Lage versetzt wird, sich ein annäherndes Urteil darüber zu bilden, ob und wieweit die Reklamationen gerechtfertigt sind. Die sofortige Anzeige wird verlangt, damit nicht etwa der Empfänger der Ware eine ihm günstige Konjunktur abwartet. Steigt der Preis der Ware, so mängelt der Käufer nicht, sinkt der Preis der Ware, so mängelt der Käufer erst im Zeitpunkt der Er-

51) Vgl. §§ 477 bis 479 B.G.B.

kenntnis. Die sofortige Mängelanzeige entspricht deshalb durchaus den Erfordernissen des Handelsverkehrs.

Durch die Anzeige teilt der Käufer dem Verkäufer mit, daß er die Ware nicht als Erfüllung gelten lasse. Die Anzeige ist im Gegensatz zu § 377 H.G.B. annahmebedürftig. Die Anzeige ist Entstehungsgrund der Gewährleistungsansprüche, ihre Voraussetzung.

Ebenso wie im deutschen Handelsrecht muß die Anzeige[52]) unzweideutig angeben, daß die Erfüllung wegen vertrags- oder gesetzwidriger Beschaffenheit beanstandet wird, ferner allgemein, welche Abweichungen man zu rügen hat.

Mitteilungen[53]) bspw. „die Ware sei kaum verwendbar" oder „so schlecht, daß sie nicht verarbeitet werden könne", oder eine bloße Verweisung auf eine zu begehrende Prüfung durch Sachverständige genügt nicht, ebensowenig eine bloße Andeutung[54]) derselben. Eine besondere Form der Anzeige ist nicht vorgeschrieben. Die Anzeige erfolgt durch den Käufer oder durch seinen ermächtigten Vertreter an den Verkäufer oder an dessen zur Annahme ermächtigten Vertreter[55]) oder auch an eine Hilfsperson[56]), „von deren Stellung oder präsumierter Stellung zum Verkäufer zu erwarten ist, sie werde die Mitteilung an die richtige Adresse befördern".

Bei einem Kauf nach Probe hat der Käufer nicht nur darzutun, daß die Ware probewidrig ist, sondern auch in welcher Hinsicht sie probewidrig ist. Nach alledem ergibt sich die gleiche Notwendigkeit wie im deutschen Handelsrecht, daß die Mängelanzeige hinsichtlich der Art oder des Umfanges der Mängel entsprechend zu substanziieren ist.

Zumeist wird es sich um offene Mängel handeln, die bei der in Art. 201 O.R. geforderten übungsmäßigen Untersuchung erkennbar waren.

Das schweizerische Recht kennt dagegen nicht den Unterschied zwischen den deutschen Rechtsbegriffen „sofort" oder „unverzüglich". Die Frist beginnt deshalb mit dem Zeitpunkte des Empfanges und umfaßt etwa einen Zeitraum, der zur Untersuchung und zur Anzeige normalerweise genügt. Im schweizerischen Recht ist die Rüge auch vor der

52) Fick, Art. 201, Anm. 99. H.E. 6, 254; 13, 178; 16, 145; 18, 287.
53) Vgl. Fick, eod. Anm. 101, 102, 103.
54) Vgl. Fick, eod. Anm. 107.
55) Becker, a. a. O., Art. 201, Nr. 24.
56) Vgl. Oser, Art. 201, III, Anm. 3 u. 4.

Ablieferung denkbar. Sie wird aber nur dann Wirkung haben, wenn die Ware tatsächlich zur Ablieferung gelangt.

Liegen mehrere Mängel vor, so genügt es, die Hauptmängel zu nennen.

Trotz ordnungsmäßiger Untersuchung ist es möglich, daß Mängel verborgen bleiben und sich erst später herausstellen. Solche verborgene Mängel, die sich zunächst nicht äußerlich dartun und sich vielleicht erst durch langwierige Untersuchung herausstellen, müssen sofort nach der Entdeckung gerügt werden. Nach Art. 210 O.R. muß die Klage auf Gewährleistung innerhalb eines Jahres nach Ablieferung der Ware erhoben werden.

Sind deshalb keine vertraglichen Vereinbarungen bezügl. einer anderweitigen Garantiefrist getroffen, so entfällt die Möglichkeit der Gewährleistung mit Ablauf eines Jahres seit der Ablieferung der Ware an den Käufer. Nach Art. 203 O.R. findet eine Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige nicht statt, wenn eine absichtliche Täuschung des Käufers vorliegt.

In gewissen Geschäftskreisen haben sich für bestimmte Waren bestimmte Fristen herausgebildet und zwar sowohl für die Prüfung als auch für die Anzeige, so für den Rohseidehandel nach den Züricher Platzusancen (dreimal 24 Stunden), den Getreidehandel (1—3 Tage), im Tabakhandel für Rohtabak (14 Tage)[57]).

g) Fortfall der Gewährleistungspflicht.

Die fast gleichlautenden Bestimmungen des Handelsrechts und des schweizerischen Rechts ergeben, daß beim Unterlassen einer Anzeige die Ware als genehmigt gilt. Danach wird nicht etwa präsumiert, der die Anzeige unterlassende Käufer wolle genehmigen, sondern die Genehmigung wird vielmehr gesetzlich fingiert. Damit ist ein Gegenbeweis grundsätzlich unzulässig. Der Käufer muß die fehlerhafte Ware behalten. Seine Gewährleistungsansprüche sind weggefallen, es sei denn, daß arglistiges Verschweigen des Mangels vorliegt.

Die Gewährleistungsansprüche kommen nach deutschbürgerlichen Rechte nur dann in Fortfall, wenn der Käufer den Mangel beim Abschlusse des Kaufes kennt. Hierbei wird man den Rechtssatz nicht auf Spezieskäufe zu beschränken haben. Es ist durchaus der Fall denkbar, daß der Verkäufer beim Abschluß des Kaufes genau weiß, daß die

57) Gsell, a. a. O., S. 70, Anm. 6.

Gattung, aus der die bestellte Ware geliefert werden soll, nur noch als mangelhafte existiert. Langbein[58]) vertritt die Auffassung ,daß es im übrigen gleichgültig sei, ob der Mangel ein Fehler ist, der den Wert oder die Tauglichkeit der Ware zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Verbrauch aufhebt oder mindert, oder ob der Mangel sich als ein Fehler der zugesicherten Eigenschaften darstellt. Der Reichsgerichtsrätekommentar weist unter Bezugnahme auf die Motive (M. II, 226) darauf hin, daß dagegen die Haftpflicht des Verkäufers für zugesicherte Eigenschaften auch bei Kenntnis des Käufers von deren Mangel bestehen bleibt, wenn der Verkäufer eine Eigenschaft in dem Sinne zusagt, daß er sie herzustellen verspricht, oder für deren Beschaffung besondere Garantie übernimmt.

Nach § 460 B.G.B. haftet der Verkäufer, wenn dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 B.G.B. bezeichneten Art unbekannt geblieben ist, nur dann, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat.

Eine Ausnahme hierfür gilt nur, wenn er die Abwesenheit der Fehler zusicherte.

Desgleichen sind Gewährleistungsansprüche abzulehnen bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Mangels seitens des Käufers. Dies gilt nicht nur für Spezieskäufe, sondern ist auch auf den Gattungskauf auszudehnen.

Als grobe Fahrlässigkeit ist eine besonders schwere Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt anzusehen[59]).

Ein Fortfall der Gewährleistungspflicht ist insbesondere anzunehmen bei Unerheblichkeit des Mangels. Der Verkäufer haftet also nur für wesentliche Mängel.

Die Unerheblichkeit des Mangels gilt jedoch nicht für diejenigen Mängel, deren Abwesenheit vom Verkäufer ausdrücklich zugesichert sind.

2. Geltendmachung der Rechte.

a) Ansprüche des Käufers im allgemeinen.

α) Deutsches Recht.

Auch hier sind die Bestimmungen beider Gesetze gleichlautend. Liegen die Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung vor, so stehen dem Käufer die Gewährleistungs-

58) A. a. O., S. 36.
59) Vgl. R.G.R.K. § 460 Abs 2.

rechte zur Verfügung. Er kann diese Rechte angriffsweise geltend machen, er kann sie aber auch, wenn der Verkäufer seinerseits gegen ihn Ansprüche aus dem Kauf erhebt, z. B. auf Zahlung des Kaufpreises, verteidigungsweise vorbringen. Hat der Verkäufer einen Mangel nach deutschem bürgerlichen Recht gemäß der §§ 459, 460 B.G.B. zu vertreten, so hat der Käufer einmal den Anspruch auf Wandelung, d. h. auf Rückgängigmachung des Kaufes (entsprechend der gemeinrechtlichen actio redhibitoria) oder den Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises, d. h. den Anspruch auf Minderung (actio quanti minoris). Neben den beiden Ansprüchen steht dem Käufer der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, wenn der verkauften Sache schon zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, ebenso wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat.

Ist eine der Gattung nach bestimmte Sache gekauft, so kann der Käufer gemäß § 480 B.G.B. an Stelle der Wandelung oder Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert werde. Gemäß § 480 Abs. 2 B.G.B. kann der Käufer analog den §§ 463 B.G.B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Sache zur Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Hierbei kann nur das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft im Zeitpunkt des Gefahrüberganges in Frage kommen; denn zur Zeit des Kaufabschlusses hat die Konzentration des Kaufobjektes noch nicht stattgefunden.

Nach deutschem Recht hat der Käufer zwischen dem Wandelungs- und Minderungsanspruch einerseits und dem Schadensersatzanspruch andererseits die Wahl[1]). Er kann aber nicht neben der Wandlung die Minderung und nicht neben diesen beiden Ansprüchen den Schadensersatzanspruch geltend machen[2]).

β) Schweizerisches Recht.

Liegt ein Fall der Gewährleistung vor, so hat nach Art. 205 O.R. der Käufer die Wahl, mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig zu machen oder mit der Minderungsklage Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern. Auch wenn der Käufer die Wandelungsklage angestrengt hat, steht es dem Richter frei, bloß Ersatz des Minderwertes zu-

1) R.G. 56, 81.
2) R.G.R.K. § 463, Anm. 2.

zusprechen, sofern es nicht die Umstände rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen (Art. 205 O.R. Abs. 2).

Im deutschen Recht kann dagegen der Richter den Minderwert nicht zusprechen. Hierzu bieten auch die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung keinerlei Handhabe. Unter dem Einfluß der Verhandlungsmaxime muß vielmehr der deutsche Richter dem Klagebegehren, wenn es begründet ist, stattgeben, ist es unbegründet, muß er die Klage abweisen (absolutio ab actione).

Erreicht der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises, so kann nach Abs. 3 des Art. 205 O.R. der Käufer nur die Wandelung verlangen. Beim Gattungskaufe kann der Käufer außer den genannten Rechtsmitteln, wie nach deutschem Recht (§ 480 Abs. 1 B.G.B.), noch das Recht auf Lieferung einer mangelfreien Sache geltend machen.

Wenn nach Art. 206 O.R. Abs. 2 dem Käufer die Sachen nicht von einem anderen Orte zugesandt worden sind, ist auch der Verkäufer berechtigt, sich durch sofortige Lieferung wehrhafter Ware derselben Gattung und Ersatz allen Schadens von jedem weiteren Anspruche zu befreien.

Nach den allgemeinen Grundsätzen hat der Käufer bei schuldhaft-mangelhafter Lieferung durch den Verkäufer auch das Recht auf Schadensersatz. Dies ist auch der Fall, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

b) Die Ansprüche im Besonderen.

aa) Wandelung.

α) Deutsches Recht.

Nach § 465 B.G.B. ist die Wandelung vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt.

In der Literatur[3]) und Rechtsprechung[4]) ist die Bedeutung des § 465 stark umstritten. Es stehen sich im wesent-

---

3) Eccius in Gruch. Bd. 43, 324 ff.
Flechtheim, das. 44, 65 ff.
Haymann, das. Bd. 46, 510 ff.
Grabner, das. Bd. 50, 252 ff.; 51, 513 ff.
Seidelmayer, das. Bd. 57, 253 ff.
Heuer, „Recht" 02, 282 ff., 315 ff.
Oertmann, „Recht" 04, 4 ff., 29 ff.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht „1900", S. 382.
Titze, a. a. O., S. 280, 281.
Staub, a. a. O., § 377, Anm. 59 ff.
Dernburg, a. a. O., § 185, Anm. 15.
Crome, a. a. O., § 122.

4) O.L.R. Rostock 22, 5, 06. in Seuff. Bl. 62.

lichen zwei Ansichten, die Vertragstheorie und die Herstellungstheorie gegenüber. Anders dagegen ist es im schweizerischen Recht, in dem dieser Streit nicht vorhanden ist, vielmehr eine einseitige Erklärung des Käufers zur Durchführung der Wandelung und Minderung genügt.

Nach der Vertragstheorie, die insbesondere von der zweiten Kommission[5]) vertreten wurde, kann der Käufer vom Verkäufer den Abschluß eines neuen Rechtsaktes (Vertrages) verlangen, der „in Gemäßheit der Einzelbestimmungen des B.G.B. über Wandelung den alten Vertrag auflöst“[6]). Wenn der Verkäufer die Mitwirkung zu diesem neuen Rechtsgeschäft verweigert, so muß der Käufer Klage erheben. Die Vertragstheorie wird in der Hauptsache von Oertmann[7]) vertreten, ferner von Dernburg[8])[9]).

Aber auch nach der Vertragstheorie kann der Käufer sofort auf Rückerstattung klagen, wenn er vor der Wandelung geleistet hat.

Für die Vertragstheorie wird insbesondere der Wortlaut und § 465 und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes angeführt.

Nach der Herstellungstheorie geht der Anspruch unmittelbar auf Rückgängigmachung der vollzogenen Leistung. Durch die Wandelungserklärung ist bei Anwendung dieser Theorie der Vertrag zwar noch nicht beseitigt, aber der Rückerstattungsanspruch bereits erzeugt[10]).

Nach der reichsgerichtlichen Judikatur[11]) vollzieht sich die Wandelung nicht durch die einseitige Erklärung des Käu-

---

O.L.R. Hamburg 9.1.12. in Seuff. Bl. 68, Nr. 35, S. 57 ff.
R.G. II, 21. 10. 1904, 59, 98.
R.G. III, 16. 9. 1904, 58. 424.
5) Prot. S. 680, 709 ,710.
6) Oertmann, a. a. O., § 465, Anm. 1e.
7) Vgl. § 465 B.G.B.
8) Dernburg, II, § 186, Anm. 11.
9) Für die Vertragstheorie insbesondere auch Seidelmayer bei Gruch. Bd. 57, 343.
Laband, D.J.Z. 05, 569.
Krückmann, Seuff. Bl. 70, 585 ff.
Hellwig, a. a. O., S. 382.
Goldmann-Lilienthal, a. a. O., S. 498 ff.
10) Eccius, in Gruch. Bd. 43, 324 ff.
Enneccerus, a. a. O., § 331 I.
Heuer, „Recht“ 02, 97 ff.
Werner, „Recht“ 02, 282 ff., 315 ff.
Staudinger, a. a. O., § 462 IV.
O.L.R. Hamburg, 9. 1. 1912. Seuff. 68, Nr. 35, S. 57 ff.
Staub, a. a. O., § 377, Anm. 59 ff.
11) R.G. 58, 423; 66, 75; 69, 385, 389,

fers. „Auf rechtsgeschäftlichem Wege gelangt vielmehr die Wandelung und Minderung nur dadurch zur Verwirklichung und Vollziehung, daß sich auf das Verlangen des Käufers der Verkäufer damit einverstanden erklärt." Insoweit folgt offensichtlich das Reichsgericht der Vertragstheorie.

Bei der gerichtlichen Geltendmachung des Wandelungsanspruches ist aber der Käufer nicht beschränkt auf die Klage auf Einwilligung in die Wandelung. Der Käufer kann vielmehr seinen Klageantrag auf Rückgängigmachung des Kaufvertrages richten[12]).

Der Käufer kann aber auch auf Einwilligung allein klagen[13]).

Nach dieser Auffassung des Reichsgerichts würde tatsächlich die Herstellungstheorie zur praktischen Anwendung kommen, wenn auch das Reichsgericht, wie aus Vorstehendem hervorgeht, eine vermittelnde und neutrale Haltung gefunden hat.

Für die Wandelung kommen gemäß § 467 B.G.B. die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—348, 350—354 und 356 B.G.B. soweit in Anwendung, als nicht mit Rücksicht auf das hier zugrundeliegende besondere Rechtsverhältnis Abweichungen geboten sind. Wird die Wandelung vollzogen, so ist jede Partei verflichtet, die von der Gegenpartei empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die Gegenseite von den infolge des Vertrages übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien. Gemäß § 346 ist für die Überlassung der Benutzung der Kaufsache der Wert zu vergüten, oder falls in dem Vertrage eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten. Ist die Sache verschlechtert, und ist die Verschlechterung auf ein Verschulden des Käufers zurückzuführen, so haftet der Käufer mit Rücksicht darauf, daß von Anfang an die Möglichkeit des Rücktritts bestand und er danach sein Verhalten einzurichten hatte, gemäß der §§ 347, 989 B.G.B. auf Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens vom Zeitpunkte des Empfanges der Ware an[14]). Alle Nutzungen, die der Käufer gezogen hat, muß er ebenfalls herausgeben, wie er ja selbst leisten muß für die schuldbarerweise verabsäumte Ziehung von Nutzungen, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte vornehmen können (§ 347 B.G.B.). Der Käufer kann nur für die auf die Sache

12) R.G. 66, 75; 70, 198, 199; 94, 331. J.W. 1913, 763.
13) R.G. Warn. 1913, Nr. 340.
14) Vgl. Haßlacher, a. a. O., S. 52.

gemachten notwendigen Verwendungen und auch für diese nur dann Ersatz verlangen, wenn sie entweder dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verkäufers entsprechen, und wenn durch sie die rechtzeitige Erfüllung einer Pflicht des Verkäufers, deren „Erfüllung im öffentlichen Interesse" liegt, bewirkt worden ist oder wenn die Genehmigung des Verkäufers vorliegt.

Sind diese Voraussetzungen bei den notwendigen Verwendungen nicht gegeben, so ist der Verkäufer nur verpflichtet, das durch die Aufwendung Erlangte, soweit es eine ungerechtfertigte Bereicherung des Käufers darstellen würde, herauszugeben, bezw., wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist, oder der Verkäufer aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außer Stande ist, den entsprechenden Wert zu ersetzen.

Ist die Wandelung zulässig, so wird sie nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Ware, die der Käufer bereits empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist (§ 350 B.G.B.). Durch die Veräußerung oder Belastung einer Ware mit dem Rechte eines Dritten wird die Wandelungsbefugnis grundsätzlich nicht zerstört. Dies ist jedoch dann der Fall, wenn bei demjenigen, welcher die Ware infolge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen der §§ 351 und 352 B.G.B. eingetreten sind.

β) Schweizerisches Recht.

Dem schweizerischen Recht ist die Vertragstheorie fremd. Gleich aber, wie im deutschen Recht, ist das Ziel der Klage, nämlich Rückgängigmachung des Kaufvertrages. Zur Durchführung der Wandelung oder Minderung genügt eine einseitige Erklärung des Käufers (Art. 208 O.R.). Wird der Kauf rückgängig gemacht, so muß der Käufer die Sache nebst dem inzwischen gezogenen Nutzen dem Verkäufer zurückgeben. Nach Abs. 2 des Art. 208 O.R. hat der Verkäufer den gezahlten Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten und überdies, entsprechend den Vorschriften über die vollständige Entwährung, die Prozeßkosten, die Verwendung und den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist.

Der Verkäufer ist ferner verpflichtet (Abs. 3 des Art. 208 O.R.), den darüber hinaus entstandenen Schaden zu ersetzen ,sofern er nicht beweist, daß ihm hieran keinerlei Verschulden zur Last falle.

Soweit die Parteien noch nicht geleistet haben, werden sie auch nach schweizerischem Recht von ihren Verpflichtungen frei. Was schon geleistet ist, muß jede Partei zurückerstatten. Der die Wandelung verlangende Käufer hat nicht nur die Voraussetzungen der Wandelung nachzuweisen, sondern er muß auch in der Lage sein, die Ware zurückzugeben. Ist die Ware nicht mehr vorhanden, so kommt es darauf an, ob dem Käufer ein Verschulden trifft oder nicht.

Nach Art. 207 O.R. kann die Wandelung auch dann begehrt werden, wenn die Sache infolge ihrer Mängel oder durch Zufall untergegangen ist. Der Käufer hat in diesem Falle nur das zurückzugeben, was ihm von der Sache verblieben ist (Abs. 2 des Art. 207 O.R.). Ist die Sache durch ein Verschulden des Käufers selbst untergegangen oder von ihm weiter veräußert oder umgestaltet worden, so kann er nur Ersatz des Minderwertes verlangen (Art. 207, Abs. 3 O.R.). Im ersteren Falle darf der Richter jedenfalls nicht auf Wandelung erkennen, wenn der Käufer in Kenntnis der Mängel die Ware freiwillig verkauft hat. Nach Art. 204 Abs. 3 O.R. ist jedoch der Käufer berechtigt, die Ware eventuell schnell zu verkaufen, wenn die Gefahr besteht, daß die übersandte Sache in Verderbnis gerät. Der Käufer ist sogar hiernach zum Verkaufe der Sache verpflichtet, wenn dies die Interessen des Verkäufers erfordern. Der Verkauf muß dann unter Mitwirkung der zuständigen Amtsstelle des Ortes, in dem sich die Sache befindet, stattfinden. Der Verkäufer hat die Verpflichtung, bei Vermeidung von Schadensersatz dem Verkäufer so zeitig als tunlichst hiervon zu benachrichtigen.

In diesem Falle bleibt jedoch das Wandelungsrecht des Käufers bestehen[15]). Das gleiche gilt, wenn der Käufer die Ware in unverschuldeter Kenntnis der Mängel weiter verkauft, oder sie wieder zurückverlangt.

Oser[16]) bemerkt zu Art. 207 O.R., daß Abs. 3 dieser Bestimmung dann keine Anwendung findet, wenn die Weiterveräußerung wieder rückgängig gemacht werden kann und in ihr kein Verzicht auf Wandelung liegt[17]).

Bei Verarbeitung und Umgestaltung der Ware ist an sich zwar ein Wandelungsrecht ausgeschlossen, ist aber die

15) Vgl. Jäger, a. a. O., S. 100.

16) Vgl. Oser, Art. 207, Anm. 3 (es fehlte z. B. die Kenntnis von Mängeln).

17) Nach Fick, Art. 207 O.R., Anm. 3, kann die Wandelung auch dann begehrt werden, wenn der Kaufgegenstand sich ohne Verschulden des Käufers verschlechtert hat. Das gleiche nimmt Fick in gewissen Fällen für Weiterveräußerung an (Art. 207, Anm. 8).

Ware nur geringfügig verändert worden, so muß dem Käufer ein uneingeschränktes Wandelungsrecht billigerweise zugestanden werden.

Ist die Ware nur teilweise infolge Verschuldens des Käufers untergegangen, so kann für den Rest der Sache immer noch Wandelung verlangt werden.

Oberster Grundsatz des Wandelungsrechtes aber ist: Der Käufer soll keinen Schaden, aber auch keinen Nutzen haben; er muß deshalb außer der Sache jeden Wertzuwachs, sowie alle Früchte herausgeben. Sind die Früchte verbraucht worden, so ist dafür entsprechender Ersatz zu leisten. Analog der Bestimmung des Art. 195 Ziff. 1 O.R. sind schuldhafterweise nicht gezogene Früchte zu vergüten.

Andererseits hat der Verkäufer den Kaufpreis mit allen Verwendungsmöglichkeiten zurückzuerstatten, insbesondere Zinsen zu erstatten. Für die Höhe der zu vergütenden Zinsen ist der gesetzliche Zinsfuß maßgebend. Der Verkäufer ist auch verpflichtet, dem Käufer Ersatz für die auf die Sache gemachten Verwendungen zu leisten, desgleichen Ausgaben, die dem Käufer in unverschuldeter Unkenntnis der Mängel entstanden sind.

Endlich hat der Verkäufer dem Käufer den Schaden zu ersetzen, den dieser infolge der Mangelhaftigkeit der Ware erlitten hat. Das schweizerische Recht verlangt damit die vollständige Schadloshaltung des Käufers. Diese Klage ist jedoch nicht identisch mit der deutschen Klage auf Schadensersatz, die vielmehr auf arglistigem Verschweigen eines Mangels beruhen muß. Der schweizerische Käufer soll so gestellt werden, als ob der Vertrag erfüllt worden wäre. Selbstverständlich muß zwischen der mangelhaften Lieferung und der Entstehung des Schadens Kausalzusammenhang bestehen. Nach der schweizerischen Gerichtspraxis[18]) gehört auch der entgangene Gewinn dann zum unmittelbaren Schaden, „wenn der Käufer die Ware zum Weiterverkauf hatte oder nachweislich sofort hätte weiterverkaufen können, und dieses spezielle gewinnbringende Kaufgeschäft infolge der Mangelhaftigkeit der Ware zunichte ward“[19]).

Nach Art. 205 Abs. 2 O.R. steht es dem Richter frei, auch bei Geltendmachung des Wandelungsanspruches dem Käufer lediglich Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern es die Umstände nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen. Nach Jäger[20]) soll sogar diese Möglichkeit je-

18) H.E. 9, S. 54; Z.P.J.V. 26, S. 249; B.E. 14, 656.
19) Jäger, a. a. O., S. 105.
20) A. a. O., S. 109.

weils möglichst in Erwägung gezogen werden." Es darf aber ein Käufer, der die Ware von vornherein zurückgewiesen hat, nicht ohne wichtige Gründe zur Annahme der Ware gegen Preisreduktion gezwungen werden[21]), da sonst der Verkäufer in seinem Rechte zu sehr geschmälert werden würde.

bb) Minderung.

α) Deutsches Recht.

Nach deutschem Recht hat der Käufer als weiteren Gewährleistungsanspruch neben der Wandelung das Recht auf Minderung. Wie bei der Wandelung ist nach § 465 B.G.B. die Minderung dann vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt hat.

Der Streit, der in der Rechtslehre und Rechtsprechung über die Wandelung besteht, ist in der gleichen Weise auch bei der Natur des Minderungsanspruches vorhanden. Hier stehen sich wieder Vertragstheorie und Herstellungstheorie gegenüber[22]).

Nach § 472 B.G.B. ist bei der Minderung der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in dem zur Zeit des Verkaufes der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert bestanden haben würde.

Findet nach Abs. 2 des § 472 im Falle des Verkaufes mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Sachen zugrunde zu legen.

Für die Feststellung des Minderungswertes ist die relative Methode maßgebend. Es kommt also keine Schadensersatzberechnung in Frage, keine Schätzung nach dem Ertrage der Kaufsache und keine freie Schätzung seitens des Gerichts[23]).

Dabei ist unter dem Wert der Kaufsache der allgemeine Verkaufswert zu verstehen, „wie er ohne die vorhandenen Mängel wäre und zu untersuchen ‚wie er sich mit den Mängeln stellt"[24]).

Für den Fall, daß der Kaufpreis zum Teil bezahlt, zum Teil gestundet ist, tritt beim Verkauf mehrerer Sachen zu einem Gesamtpreise die Kaufminderung an jedem dieser Teilbeträge verhältnismäßig ein.

---

21) H. E. 19, S. 283 E. r. 3; Revue IV Nr. 128; B. E. 14, S. 72 Erw. 5; Schneider zu Art. 250a O.R.; Hafner N. 4 zu Art. 250a O.R.

22) Siehe hierzu die Ausführungen auf Seite 30 bis 33.

23) R.G.R.K. § 472, Anm. 2.

24) Warn. 1912, Nr. 69; J.W. 03, Beil. 113, 09; 191 71; R.G. 20. 1. 06; 15. 12. 11; R.G.R.K. § 472, Anm. 2.

Für die Berechnung der Minderung sind Formeln aufgestellt. Staudinger bezeichnet den Kaufpreis mit p, mit mw den zur Zeit des Verkaufes sich ergebenden Wert der Sache im mangelfreien Zustand, ww den wirklichen Wert der Sache im gleichen Zustand und mit x den herabgesetzten Kaufpreis und kommt dabei zu folgendem Beispiel: „Ist nun p = 1000, mw = 1200, ww = 900, so ergibt sich x = 750 und zwar nach der Formel:

$$\frac{1000}{x} = \frac{1200}{900}$$

also $9000 = 12x$

somit $x = 750$[25])

Wenn die Sache infolge des Mangels völlig wertlos ist, so ist die Minderung wirtschaftlich der Wandelung gleichzustellen. Der Verkäufer muß dem Käufer das volle Entgelt zurückgewähren.

Ist ein bestimmter Ertrag zugesichert, so ist der Kaufpreis im Verhältnis des zugesicherten Ertrages zu dem wirklichen Ertrage herabzusetzen, „dabei aber auch die durch das geringe Erträgnis veranlaßte Verringerung der Sache des Wertes entsprechend zu würdigen[26]).

War der Verlauf zu angemessenem Preise erfolgt, so ist dieser zuerst festzusetzen und dann entsprechend zu ermäßigen.

Es ist nun der Fall denkbar, daß der Kaufpreis nicht ausschließlich in Geld, sondern gleichzeitig in Nebenleistungen anderer Art bedungen ist.

Nach § 473 B.G.B. sind, wenn in solchen Fällen neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen sind, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, diese Leistungen in den Fällen des § 471 und des § 472 B.G.B. nach dem Wert zur Zeit des Verkaufes in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise. Ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag dem Käufer zu vergüten.

---

25) Vgl. Staudinger, § 472, Anm. 2.

26) Vgl. Staudinger, Anm. 2 zu b des § 472. Vgl. auch R.G.R.K. § 472, Anm. 2: „Sind beim Verkauf eines Mietshauses bestimmte Mietsverträge zugesichert, so ist die Preisänderung wegen Nichteinhaltung dieser Verträge zu berechnen nach dem Verhältnis der vereinbarten Kaufsumme, die für die zugesicherte Mieteinnahme bewilligt worden ist, zu demjenigen Kaufpreise, der bei gleicher Berechnungsweise für die wirkliche geringe Mietseinnahme gebilligt worden wäre." (R.G. 22. 10. 1904.)

Wie bereits oben ausgeführt, fallen auch Dienstleistungen unter die nach § 473 B.G.B. bestimmten Nebenleistungen. Man muß zu dieser Auslegung kommen, wenn man den Satz 1 des § 473 dahin deutet, daß das Wort „nicht" nicht zu dem Worte „vertretbare", sondern zu dem Worte „haben" zu beziehen ist. Satz 1 des § 473 ist danach dahin zu lesen: „Sind Leistungen bedungen, welche vertretbare Sachen nicht zum Gegenstande haben".

Zu dieser Auffassung bekennt sich der Reichsgerichtsrätekommentar ebenso wie Staudinger[27]).

Wenn die Nebenleistung in vertretbaren Sachen nicht besteht, so „ist zunächst der Wert der Nebenleistung nach freiem Anschlag in Geld zu ermitteln, hierdurch auch der Gesamtpreis in einer Geldsumme festzustellen und auf diese Weise ferner klarzustellen, wieviel die nach § 472 zu vollziehende Preisherabsetzung beträgt. Die Herabsetzung erfolgt nach Satz 2 nicht an der Nebenleistung, sondern an dem ursprünglich schon in Geld bestimmten Preise."

Sind nach § 474 B.G.B. auf Käufer- oder Verkäuferseite mehrere beteiligt, so kann von jedem und gegen jeden Minderung verlangt werden.

Nach Abs. 2 des § 474 ist mit der Vollziehung der von einem der Käufer verlangten Minderung Wandelung ausgeschlossen.

β) Schweizerisches Recht.

Nach Art. 205 O.R. stehen dem Käufer für den Fall des Vorliegens eines Sachmangels die Wandelungs- und Minderungsansprüche wahlweise zur Verfügung. Er hat die Wahl nach Abs. 1 des Art. 205 O.R., mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig zu machen, oder mit der Minderungsklage Ersatz des Minderwertes zu fordern.

Nach Abs. 2 des Art. 205 steht es dem Richter frei, auch wenn die Wandelungsklage erhoben worden ist, bloß Ersatz des Minderwertes zuzusprechen, sofern es die Umstände nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen. Erreicht aber der geforderte Minderwert den Betrag des Kaufpreises, so hat der Käufer nach schweizerischem Recht den Wandelungsanspruch (Art. 205 O.R. Abs. 3).

Im Gegensatz zur Wandelung wird bei der Preisminderung der Kaufvertrag nicht aufgehoben.

---

27) Siehe hierzu § 473, Anm. 2a, welche sich auf die Prot. I 696 in der Mitte und auf die Auffassung der zweiten Kommission bezieht. Ferner Oertmann, § 173, 1b; Planck, § 473 I und Enneccerus, § 333 I.

Nach diesem Recht ist bei der Berechnung der Differenz der Zeitpunkt des Gefahrübergangs zugrunde zu legen, also schon zur Zeit des Vertragsabschlusses. Nach Art. 42 Abs. 2 O.R. ist der nicht ziffernmäßig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Maßnahmen abzuschätzen. Das Ermessen des schweizerischen Richters geht jedoch weiter als das des deutschen Richters in § 287 Z.P.O. Der deutsche Richter muß im Rahmen des Klagebegehrens bleiben, der schweizerische Richter dagegen kann auch nach Art. 205 O.R. statt dessen auch die Wandelung zulassen.

Geht der Kauf auf Lieferung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen, so kann nach Art. 206 O.R. der Käufer auch Ersatzlieferung verlangen.

Die Erhebung der Preisminderungsklage ist nicht abhängig von der Rückgabemöglichkeit der Sache; auch wenn der Käufer über die Sache disponiert hat, auch wenn er sie verkaufte oder verarbeitete, behält er den Minderungsanspruch[28]).

Die Erhebung der Preisminderungsklage ist nicht abhängig von der Rückgabemöglichkeit der Sache; auch wenn der Käufer über die Sache disponiert hat, auch wenn er sie verkaufte oder verarbeitete, behält er den Minderungsanspruch[28]).

Die Kenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit der Ware ist bei einer eventuellen Disposition nicht schädlich. Der Vertrag besteht fort und die Disposition bedeutet noch keinen Verzicht auf den Minderungsanspruch.

Die Herabsetzung des Preises muß in dem Verhältnis eintreten, in dem der objektive Wert der mangelfreien Sache zum wirklichen Wert der mangelhaften Sache steht[29]).

Die Berechnung der Preisreduktion bei der Minderung ist in verschiedener Weise möglich. Die neuere Wissenschaft[30]) stellt hierfür drei Methoden auf:

1. Dem Käufer soll die Differenz des Wertes der Sache in dem vorhandenen fehlerhaften Zustande zu dem Werte der Sache im fehlerlosen Zustande am Preise erlassen bezw. zurückerstattet werden.
2. Dem Käufer soll die einfache Differenz zwischen dem Werte der fehlerhaften Ware und dem Kaufpreis nachgelassen bezw. gutgeschrieben werden.

28) Vgl. Jäger, a. a. O., S. 111.
29) Vgl. H. E. 13, S. 178; 16 S. 145; 18, S. 80. Fick, Art. 205, Note 41—44; vgl. Oser, Art. 205, V, 4.
30) Hellweg, a. a. O., S. 39 ff.; Dernburg, Pr. R. II, § 144, Anm. 26.

3. Dem Käufer soll die Differenz zwischen dem Kaufpreis und derjenigen Summe erlassen werden, welche zu dem Kaufpreise in dem Verhältnis steht, wie der Wert der fehlerhaften zu dem Wert der fehlerlosen Sache nach objektiver Schätzung.

Die ersten beiden Methoden sind die absoluten. Die dritte, die relative, wird allgemein von der Praxis angewandt. Jäger[31]) kommt m. E. jedoch zu dem richtigen Ergebnis bei der Anführung seiner Beispiele[32]), daß unter Umständen auch die absoluten Methoden die richtigen sein können. Er meint, daß nicht eine einzelne der in Betracht kommenden Methoden die objektiv alleinrichtige sei. Maßgebend seien vielmehr jeweils bei Anwendung der Methoden die tatsächlichen Verhältnisse, und in jedem einzelnen Falle käme es darauf an, ob und wie weit der Käufer in der Lage sei, die tatsächlichen Verhältnisse und Voraussetzungen der einen oder der anderen Berechnungsmethode zu behaupten oder zu beweisen. Im Zweifelsfalle ist aber die relative Methode anzuwenden.

Ist der Kaufpreis noch nicht bezahlt, so wird der Käufer in der Höhe der Minderungssumme frei. Hat er dagegen schon bezahlt, so hat er einen entsprechenden minderen Rückzahlungsanspruch gegen den Verkäufer.

Was im schweizerischen Recht hinsichtlich der Zinsen über die Preisrückerstattung bei der Wandelung maßgebend ist, gilt auch für die Zinsen des Minderungsbetrages.

Nach Abs. 2 des Art. 206 O.R. kann sich beim Platzkauf der Verkäufer bei der Veräußerung einer Gattungssache durch sofortige Lieferung ordnungsgemäßer Ware vom Minderungsanspruch des Käufers befreien, vorausgesetzt, daß der Käufer die Ware noch zurückgeben kann.

cc) Schadensersatz.

α) Deutsches Recht.

Neben dem Wandelungsanspruch und dem Anspruch auf Minderung gibt das Gesetz dem Käufer in gewissen Fällen noch ein weiteres Recht, nämlich auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

---

31) Jäger, a. a. O., S. 113.

32) Unter anderen ist dort folgendes Beispiel angeführt: Der Kaufpreis beträgt 100 fr, der objektive Wert der fehlerlos gedachten 50 fr, der jetzige Wert noch 25 fr. Dem Käufer ist diese Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem objektiven Wert der fehlerhaften Ware, also 75 fr zu erlassen, resp. zurückzuerstatten.

Dieser Anspruch soll dem Käufer gegeben sein einmal, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt (§ 463, S. 1 B.G.B.), ferner, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat (§ 463 S. 2 B.G.B.), endlich bei arglistiger Vorspiegelung einer nicht vorhandenen Eigenschaft des Kaufgegenstandes.

Das Recht auf Schadensersatz steht dem Käufer neben dem Wandelungs- oder Minderungsanspruch nicht kumulativ zu. Anders dagegen in der Schweiz, wo diese Rechte nur alle zusammen bestehen, nicht einzeln, also der Richter statt der erhobenen Wandelungsklage auch den Minderwert zusprechen kann. — Allerdings kann der Käufer (im deutschen Recht), der zunächst Wandelung oder Minderung verlangte, immer noch Schadensersatz verlangen, es sei denn, daß durch Einverständnis des Verkäufers der Wandelungs- oder Minderungsvertrag inzwischen abgeschlossen sei, oder das Einverständnis des Verkäufers durch rechtskräftiges Urteil erzwungen wäre[33]). Der Reichsgerichtsrätekommentar bezeichnet die Fassung des § 463 B.G.B. als verfehlt. Ob der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes die zugesicherte Eigenschaft fehle, sei für die Wandelung oder Minderung gleichgültig. Für diese komme es lediglich auf die Zeit des Gefahrüberganges an. Wenn statt dieser Ansprüche nach § 463 B.G.B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden könne, so würde dabei stillschweigend vorausgesetzt, daß der Gewährleistungsfall überhaupt vorliege, also auch zur Zeit des Gefahrüberganges noch die zugesicherten Eigenschaften fehlten[34]). Kein Anspruch aber ist gegeben, wenn der Fehler zwar vorhanden war, aber in der Zeit zwischen dem Abschluß des Kaufes und des Gefahrüberganges wieder weggefallen ist.

Darüber hinaus muß das Nichtvorhandensein der Eigenschaften oder Vorhandensein des Fehlers auch schon im Zeitpunkte des Kaufabschlusses bestehen[35]).

In dem gleichen Kommentar wird in § 463 Anm. 1 auf dieses zeitliche Erfordernis hingewiesen und der Gewährleistungsanspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als ein Fall der Haftung für Verschulden gerade beim Vertragsabschlusse angeführt.

In der Reichsgerichtsentscheidung, Bd. 59, S. 58 ff. wird vom Reichsgericht auf Seite 60 wörtlich angeführt: „Aber

33) Vgl. Staudinger, § 463, Anm. 2; Oertmann, § 463, Anm. 8.
34) Vgl. R.G.R.K. § 463, Anm. 1.
35) Vgl. Staudinger, § 463, Anm. 4.

auch bei gültigen Verträgen hat das B.G.B. in den §§ 463, Satz 2, 694 Haftung für Verschulden beim Vertragsabschluß anerkannt". Das ändert nichts daran, daß grundsätzlich der Anspruch auf Schadensersatz auch den Voraussetzungen der Gewährleistungen unterliegt; deshalb muß man zur Zeit des Gefahrüberganges das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften verlangen. „Das ergibt auch die Natur des Schadensersatzes als einen solchen wegen Nichterfüllung"[36]).

Tritt also der Mangel erst nach dem Verkaufsabschluß ein, so kommt der Gewährleistungsanspruch nach § 463 nicht zum Entstehen. Unter Umständen ergeben sich aber in einem solchen Falle für den Käufer Rechte aus § 325 B.G.B. und zwar aus dem Gesichtspunkte der positiven Vertragsverletzung. Erfolgt die arglistische Täuschung durch den Verkäufer erst nach dem Verkaufsabschlusse, so scheidet § 463 B.G.B. aus.

Der Anspruch auf Schadensersatz geht einmal dahin, daß der Käufer das Recht hat, den Vertrag als gänzlich unerfüllt zu behandeln. Er lehnt die Abnahme der Kaufsache ab und berechnet den ihm durch Nichterfüllung des Vertrages erwachsenen positiven Schaden nach den Gesichtspunkten der §§ 249 ff. B.G.B.

Dabei ist der Anspruch aus § 463 auch schon gegeben ohne Rücksicht darauf, daß der Käufer zu seinen Willenserklärungen durch das Verhalten des Verkäufers bestimmt worden ist[37]).

Der Käufer kann aber auch die Kaufsache behalten und den ihm aus der nichtgehörigen Erfüllung erwachsenden Schaden ersetzt verlangen[38]).

Auch die Aufwendungen ,die der Käufer in der Erwartung der Erfüllung gemacht hat, sind zu ersetzen.

Der Schadensersatz ist in Geld zu leisten (§§ 249 ff. B.G.B.). Ein Anspruch auf Beseitigung eines Mangels ergibt sich aus § 463 B.G.B. nicht. Bei der Schadensersatzberechnung können nach der Judikatur des Reichsgerichts[39]) auch die Grundsätze über Mitverschulden oder Vorteilsausgleichungen zur Anwendung kommen. Nimmt nach § 464 B.G.B. der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so steht ihm der Schadensersatzanspruch nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehalten hat.

36) Vgl. R.G.R.K. § 463, Anm. 1.
37) Vgl. Staudinger, § 463, Anm. 1b.
38) Vgl. R.G. 52, 356; 53, 92; 59, 157; 63, 338.
39) Vgl. R.G.R.K. § 463 I, Anm. 1.

Die Gewährleistungsansprüche des § 463 B.G.B. treffen zunächst nur die Fälle des Kaufes einer Speziessache.
Beim Kauf einer Gattungssache gilt § 480 Abs. 2 B.G.B.

β) Schweizerisches Recht.

Während das deutsche Recht als Gewährleistungsanspruch neben der Wandelung und Minderung ausdrücklich die Schadensersatzklage vorsieht, erwähnt das schweizerische Obligationenrecht in den Artikeln 197 ff. die selbständige Schadensersatzklage als Gewährleistungsklage nicht. Sie ist vielmehr stets als allgemeine Klage nach Art. 97 O.R. gegeben.
Art. 205 O.R. enthält lediglich den Wandelungs- und Minderungsanspruch.
Das schweizerische Recht hat die besondere Fixierung dieser Gewährleistungsklage deshalb sicherlich nicht für notwendig gehalten, weil dem Käufer die allgemeine Schadensersatzklage nach Art. 97 O.R. zusteht. Kann die Erfüllung der Kaufverbindlichkeit des Verkäufers durch diesen nicht-gehörig bewirkt werden, so hat der Verkäufer für den entsprechenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.
Maßgebend für die Substanziierung der Schadensersatzklage ist also stets ein Verschulden des Verkäufers.

Die Schadensersatzklage setzt als Gewährsleistungsklage naturgemäß die tatsächlichen Notwendigkeiten der Gewährleistungsunterlagen voraus. So wird auch die Mängelanzeige nötig sein[40]). Voraussetzung ist der Nachweis des Schadens und der Kausalzusammenhang dieses Schadens mit der Lieferung der fehlerhaften Sache. Der Schaden kann ein positiver sein, er kann aber auch in entgangenem Gewinn bestehen; während im allgemeinen der Schadensersatzgläubiger den Beweis der seinen Anspruch rechtsbegründenden Tatsachen vorzulegen hat: also Kaufvertrag, fehlerhafte Lieferung, Untersuchung, Mängelanzeige, Schaden und Kausalzusammenhang, so ist nach Art. 97 O.R. der Verkäufer verpflichtet, die entlastende Tatsache nachzuweisen, daß die nichtrichtige Erfüllung ihm nicht zum Verschulden zu rechnen sei. Grundsätzlich braucht aber das Verschulden nicht bewiesen zu werden. Ist aber die Wandelungsklage wegen Weiterveräußerung oder Verarbeitung der Ware nicht mehr möglich, so kehrt sich bei der Schadensersatzklage die Verteilung der Beweislast um. Der

40) Z.P.J.V. 31, S. 284; 42, S. 399.

Käufer muß das Verschulden des Verkäufers beweisen[41]). Jäger[42]) führt hierzu aus, daß der Gesetzgeber bei der Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Mängel der Kaufsache die Frage des Verschuldens, außer bei der Wandelungsklage, nicht zur Geltung kommen lassen wollte. Deshalb hat der Käufer, wenn er doch ein Verschulden des Verkäufers behauptete, und darauf einen selbständigen Schadensersatzanspruch stützte, das Verschulden zu beweisen. Es ergebe sich also die umgekehrte Beweislast, als sie aus den Art. 97, 208 Abs. 3 folge.

Die schweizerische Wandelungsklage[43]) sieht nach ihrer Zweckbestimmung schon die Schadensersatzleistung vor[44]). Man könnte deshalb wohl zu der Auffassung gelangen, daß ein Schadensersatzanspruch aus Art. 97 ff. O.R. nicht mehr in Frage komme bei der Anwendung der erschöpfenden Regelung der Gewährleistungsansprüche in Art. 197 ff. O.R. Man kann aber nicht annehmen, daß die Regelung der Gewährleistung die allgemeinen Lehren des Vertragsrechts ausschalte. Tatsächlich hat auch das Bundesgericht[45]) immer, sofern auf Seiten des Verkäufers ein Verschulden vorlag, selbständig Schadensersatzklage zugelassen.

Diese Klage kann aber anders als nach deutschem Recht nicht nur an Stelle der anderen Gewährleistungsklagen, sondern direkt neben einer dieser Klagen anhängig gemacht werden, weil im deutschen Recht die Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung gegeben ist. Nach Jäger[46]) ist diese selbständige Schadensersatzklage immer dann erhoben worden, wenn die Minderungsklage und die Klage auf Nachlieferung nicht genügend Ersatz für die Mangelhaftigkeit der Sache und deren Folgen zu leisten vermag. „Mit jeder anderen Klage kann also eine Schadensersatzklage kummuliert werden, um vollen Ersatz für die erlittene Interessenverletzung zu erlangen."

Eine solche Kummulierung der Klageansprüche ist an sich auch im deutschen Recht denkbar. Dabei müßte zunächst der Käufer die gelieferte mangelhafte Ware dem Verkäufer zur Verfügung stellen und sich neben dem Wandelungsanspruch ausdrücklich Schadensersatzansprüche besonderer Art vorbehalten.

41) Vgl. Fick, Art. 97 O.R., Anm. 6.
42) A. a. O., S. 119.
43) Siehe hierzu auch S. 35 dieser Arbeit.
44) Vgl. Art. 208, Abs. 2 u. 3.
45) So auch das Züricher Obergericht R.B.O.G. 1893, Nr. 68.
46) Jäger, a. a. O., S. 125.

dd) Lieferung einer mangelfreien Sache.

α) Deutsches Recht.

Nach § 480, Abs. 1 B.G.B. steht dem Käufer wahlweise neben den geschilderten Ansprüchen auf Wandelung oder Minderung der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache zu. Für diesen Nachlieferungsanspruch kommen aus dem Wandelungsrecht die Vorschriften der §§ 464 bis 466, 467, Satz 1, 469, 470, 474 Abs. 2, 475—478 B.G.B. zur entsprechenden Anwendung. Ein Ersatz der Vertragskosten (§ 467, Satz 2 B.G.B.) wird jedoch nicht geleistet. Der Nachlieferungsanspruch ist erst mit der Erklärung des Einverständnisses oder durch ein dahingehendes Urteil[47]) unwiderruflich. Bis zu diesem Zeitpunkte kann der Käufer seine Wahl ändern[48]). („Verlangen mangelfreier Ware beim Gattungskauf wird gemäß § 465 B.G.B. vollzogen, sobald sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers damit einverstanden erklärt hat. Erst mit der Erklärung dieses Einverständnisses wird die getroffene Wahl unwiderruflich".) Der Anspruch des Verkäufers auf Rückgewährung entsteht erst mit dem Vollzuge der Wahl nach § 465 B.G.B.[49]). Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer den Käufer nach § 466 B.G.B. nicht zur Erklärung darüber auffordern, ob er Nachlieferung ,sondern ob er Wandelung oder Minderung verlange.

β) Schweizerisches Recht.

Das schweizerische Recht gibt dem Käufer nach Art. 206 O.R. bei einem Kauf auf Lieferung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen das Recht, zwischen der Wandelungs- und Minderungsklage einerseits oder der Lieferung einer mangelfreien Ware andererseits zu wählen. Jäger[50]) weist darauf hin, daß dieses Recht etwas anderes sei, als bspw. der gemeinrechtliche Anspruch auf Lieferung vertragsmäßiger Ware bezw. der allgemeine Anspruch auf Erfüllung des Vertrages. Dieser kam in Frage, solange der Vertrag noch nicht als erfüllt anerkannt und die Ware noch nicht abgenommen war.

Das schweizerische Recht gibt den Anspruch nach Art. 206 Abs. 1 auch dann, wenn der Vertrag erfüllt war. Es ist ferner gleichgültig, ob der Fehler erheblich oder uner-

47) § 894 Z.P.O.
48) R.G. in J.V. 05, 492.
49) R.G. 94, 331.
50) A. a. O., S. 116.

heblich war. Die dem schweizerischen Recht eigentümliche Bestimmung des Art. 206 Abs. 2 O.R. ist schon in den vorangegangenen Abschnitten behandelt worden. Es braucht deshalb hier nur auf dieses Recht des Verkäufers zur Ersatzleistung Bezug genommen werden. Der Anspruch muß sofort nach der Beanstandung ausgeübt werden. „Außerdem ist dem Käufer und zwar nicht nur beim Verschulden des Verkäufers der Schaden zu vergüten, nämlich die Kosten der Prüfung der mangelhaften Ware und der Auswechselung, ferner ein eventuelles Zeitinteresse“ [51]).

cc) Recht auf Beseitigung eines Mangels.

α) Deutsches Recht.

Nach geltendem Recht wird dem Käufer neben den Gewährleistungsansprüchen ein Anspruch auf Nachbesserung nach Übergabe der Kaufsache nicht zugestanden. Eine Ausnahme soll nur dann gelten ‚wenn nach Lage der Sache die Ablehnung des Erbietens, nachzubessern, gegen Treu und Glauben und Verkehrssitte oder gegen § 226 B.G.B. verstoßen würde.

Nach Staudinger [52]) steht das Recht auf Nachbesserung (Reperatur, Nachlieferung der fehlenden Eigenschaften) dem Käufer nur zu, wenn er Schadensersatz verlangen kann.

Während beim Werkvertrage ausdrücklich [53]) die gesetzliche Verpflichtung auf Nachbesserung gegeben ist, schweigt das Gesetz insoweit beim Kaufvertrag. Deshalb steht grundsätzlich ein solcher Anspruch dem Käufer nicht zu.

Eine Ausnahme gilt für den Fall, daß eine solche Verpflichtung vertragsmäßig zugesagt war.

Getrennt hiervon ist die Frage zu behandeln, ob der Verkäufer berechtigt ist, eine Nachbesserung seinerseits zu beanspruchen. Staudinger [54]) vertritt in Anlehnung an die Begründung der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 52, S. 357, in der auf die Kommissionsauffassung zurückgegangen wird, den Standpunkt, daß es praktisch darauf ankomme, ob der Käufer ein rechtliches Interesse habe, eine erst auszubessernde Kaufsache abzulehnen oder nicht. Bejahenden Falls müßte man ihn als berechtigt erachten, das Nachbesserungsanerbieten abzulehnen und sich sofort zu

51) Becker, a. a. O., Art. 206 II, O.R.
52) Vgl. Staudinger, a. a. O., § 462 VI.
53) §§ 633, 639 B.G.B.
54) Vgl. Staudinger, a. a. O., § 462, Anm. 4a.

den Rechtsbehelfen der §§ 462, 463 B.G.B. zuzuwenden, zumal das B.G.B. selbst ein besonderes Recht des Verkäufers auf Nachbesserung nicht aufgestellt hat. Verneinenden Falls würde es allerdings gegen § 226 B.G.B. (Schikaneverbot) oder gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 157, 242 B.G.B.) verstoßen, wenn der Käufer Nachbesserung versagen würde.

Anders liegt die Sache vor der Übergabe. Bis dahin hat der Verkäufer jederzeit das Recht, nachzubessern, damit er seiner Leistungspflicht bei der Übergabe der Sache genügen kann. „Da er nur zur Lieferung, aber nicht zur Herstellung der Sache verpflichtet ist ,besteht für ihn nicht die Pflicht, nachzubessern. Dem Verkäufer dieses Recht erst ausdrücklich zu verleihen, dafür lag bei der zeitlichen Festsetzung des Haftungsfalles kein Anlaß vor. Der Käufer hat doch kein Recht darauf, daß eine Sache, die fehlerhaft bei dem Kaufabschlusse war, auch fehlerhaft bleibt, um die Wandelung zu ermöglichen“ [55]).

β) Schweizerisches Recht.

Nach schweizerischem Recht beruht im Gegensatz zum deutschen Recht [56]), wo ein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch vorgesehen ist, ein Nachbesserungsrecht oder eine Nachbesserungspflicht nur auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung. Becker [57]) will eine stillschweigende Vereinbarung dann anerkennen, wenn die Parteien von vornherein mit dem Vorliegen von Mängeln rechnen und deren Beseitigung durch den Verkäufer in Aussicht nehmen. Aber selbst wenn eine solche Vereinbarung bestehe, sei sie im Zweifel restriktiv auszulegen.

3. Verjährung der Rechte.

α) Deutsches Recht.

Die nach dem Gesetz gegebenen Gewährleistungsansprüche auf Wandelung oder Minderung oder Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft, soweit es sich um Kauf von beweglichen Sachen handelt, verjähren in sechs Monaten von der Ablieferung an. Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. In einem solchen Falle greift die allge-

55) Vgl. R.G.R.K. § 459, Anm. 3 B, I. a.
56) § 633 B.G.B.
57) A. a. O., Art. 206 IV.

meine Verjährungsfrist von 30 Jahren Platz (§ 195 B.G.B.). Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag jederzeit verlängert werden (§ 477 Abs. 1 B.G.B.).

Eine vertragsmäßige Verlängerung der kurzen Verjährungsfrist über den Zeitraum von 30 Jahren hinaus wird nicht für zulässig zu erachten sein, denn nach § 225 B.G.B. darf die Verjährung schlechthin nicht erschwert werden[1]).

Eine vertragsmäßige Verkürzung der Verjährungsfrist ist nach Satz 2 des § 225 B.G.B. zulässig[2]).

β) Schweizerisches Recht.

Nach Art. 210 O.R. verjähren Gewährleistungsansprüche mit Ablauf eines Jahres nach Ablieferung der Ware an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, daß der Verkäufer eine Haftung für längere Zeit übernommen hat (Art. 210 Abs. 1 O.R.).

Sie bleiben jedoch als Einreden des Käufers bestehen, wenn innerhalb eines Jahres nach Ablieferung die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist. (Art. 210 Abs. 2 O.R.)

Die nach Ablauf eines Jahres eintretende Verjährung kann der Verkäufer nicht geltend machen, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird (Art. 210 Abs. 3).

Die kurze Verjährung gilt für alle Gewährleistungsansprüche, somit für die Wandelungs- und Minderungsklage, für die Klage auf Ersatzleistung gemäß Art. 206 O.R. und den Entschädigungsanspruch wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache. „Hat dagegen die Klage neben der Mangelhaftigkeit noch andere Grundlagen (es wurde eine andere Sache, eine geringere Quantität, zu spät geliefert usw.), so gilt die gewöhnliche Verjährungsfrist“[3]).

Wie nach deutschem Recht, beginnt die Verjährung mit der Ablieferung der Sache. Der Begriff der Ablieferung ist der gleiche wie nach deutschem Recht. Voraussetzung ist, daß die Sache in die Verfügungsgewalt des Käufers übergegangen ist. Nicht genügend ist die Übersendung eines Frachtbriefes oder eines Empfangsscheines gemäß Art. 443 oder eines Konnossamentes oder Lagerscheines[4]).

Wie im deutschen Recht, kann auch hier die Verjährungsfrist verlängert werden, doch enthalten hier die all-

1) Vgl. Warn. 1914, Nr. 11.
2) Vgl. Staudinger, § 477, Anm. 3e.
3) Oser-Schönenberger, Art. 210, Anm. 3.
4) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 201, Anm. 19.

gemeinen Verjährungsvorschriften der Art. 127, 128 die obersten Grenzen der Fristen. Dies wird allgemein mit Rücksicht auf den Art. 129 O.R. angenommen[5]). Eine Abkürzung der Verjährungsfrist ist nicht ausgeschlossen.

Endlich kommt bei der Übernahme einer Garantie, wie im deutschen Recht, eine vertragsmäßige Hinausschiebung des Beginnes der Mängelrüge bezw. der Verjährungsfrist zustande[6]).

Die Verjährungsfristen unterliegen den allgemeinen Vorschriften über den Stillstand und Unterbrechung. Die Hemmungs- und Unterbrechungsgründe sind in Art. 135 O.R. erschöpfend aufgezählt. Danach wird die Verjährung unterbrochen:

1. Durch Anerkennung der Forderung von Seiten des Schuldners, namentlich auch durch Zins- und Abschlagszahlungen, Pfand- und Bürgschaftsbestellung.
2. Durch Schuldbeitreibung, durch Klage oder Einrede vor einem Gerichte oder Schiedsgericht, sowie durch Eingabe im Konkurse und Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch.

Hinsichtlich der Streitverkündung steht die Praxis trotz des Charakters des Artikels 135 O.R. auf dem Standpunkt, daß sie als Unterbrechungsgrund[7]) anzuerkennen sei (siehe hierzu das Urteil des Berner Appelationshofes in Jäger, a. a. O., S. 132).

Fick[8]) ist der Auffassung, daß die Streitverkündung im Wechselrecht der Klage und der Beitreibung gleich ist, und vertritt auch die Auffassung, daß der Art. 135 auch für die spezielle Gesetzgebung die Unterbrechung erschöpfend regelt[9]).

Jäger[10]) ist jedoch der Auffassung, daß dem Urteil nicht beizupflichten ist. Er gesteht lediglich zu, daß bei der Rückgriffsklage ein Fall vorliegen könne, wo die Unterbrechung der Verjährung durch Streitverkündung unter Umständen der Billigkeit entsprechen würde.

Endlich unterbricht die Widerklage die Verjährung. Jede Hemmung und Unterbrechung wirkt zugunsten aller Ansprüche aus der Gewährleistung wegen Mängel.

---

5) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 210.
6) Vgl. Hafner, Art. 257, Nr. 5.
7) Vgl. Urteil vom 2. 11. 1883 in Sachen Rot contra Aubry.
8) Vgl. Fick, a. a. O., Art. 135, Anm. 32.
9) Vgl. Art. 135, Anm. 5.
10) Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 210, Anm. 7 u. Jäger, S. 134.

Nach Fick[11]) unterbrechen Provokation (Schuldbeitreibung) des Käufers gegen den Verkäufer auf Einzahlung des Kaufpreises, auch der amtliche Augenschein vor dem Prozeß in keiner Weise die Verjährung des Wandelungs- oder Schadensersatzanspruches.

Nach Oser-Schönenberger[12]) verjährt im Gegensatz zur Verjährung im allgemeinen die Einrede nicht zugleich mit der Klage.

Jäger[13]) nimmt auch an, daß analog der Vorschriften des deutschen B.G.B. bei Unterbrechung der Verjährung eines der Verjährungsansprüche die Hemmung oder die Unterbrechung der Verjährung für alle vier nach schweizerischem Recht zulässigen Klagen zulässig ist.

---

11) A. a. O., Art. 135, Anm. 30.
12) A. a. O., Art. 135.
13) A. a. O., S. 139.

II. Beim Werkvertrag.

1. Voraussetzung der Sachmängelhaftung.

a) Mängel und Fehler.

α) Deutsches Recht.

Nach § 633 B.G.B. ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat. Hat das Werk diese Eigenschaften nicht, so ist der Unternehmer zur Gewährleistung verpflichtet.

Der Unternehmer muß ferner nach der gleichen Bestimmung die Abwesenheit solcher Fehler des Werkes gewährleisten, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch oder zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Der Begriff des Mangels und des Fehlers ist im wesentlichen der gleiche wie beim Kauf[1]). Es erübrigt sich deshalb, an dieser Stelle nochmals darauf einzugehen. Der Unternehmer haftet also dafür, daß sein Werk die vom Verkehr beanspruchten Eigenschaften hat. Bei Gattungssachen ist eine Sache von mittlerer Art und Güte herzustellen. Für andere Sachen geben die §§ 157, 242 B.G.B. also die Bestimmung, daß der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung, d. h. das Werk so herzustellen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Nach der allgemeinen Verkehrsauffassung sind Fehler solche Eigenschaften des Werkes, die dessen Wert oder Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauche beeinträchtigen[2]). Stets aber ist die Verkehrsauffassung hierbei bestimmend[3]).

Der objektive Verkehrswert, den das Werk als Objekt, gemessen an dem allgemeinen Wertmesser Geld und gemessen an seiner Gebrauchsfähigkeit hat, ist maßgebend. Die subjektive Wertschätzung der Parteien scheidet hierbei aus. Auch bei der Beurteilung der „Tauglichkeit zu dem ge-

1) Vgl. Oertmann, § 633, Anm. 1a; Planck, § 633, 1a.
2) Vgl. R.G. vom 17. Jan. 1908 = Recht 1908, Nr. 733.
3) Nach Planck ist Fehler: „Jede von der gewöhnlichen nachteilig abweichende Beschaffenheit des Werkes".

wöhnlichen Gebrauch" entscheidet die Verkehrsauffassung[4]). Hier wird man für die Gebrauchstauglichkeit eines Werkes eine Tauglichkeit zu demjenigen Gebrauch für angemessen halten, den ein Durchschnittsmensch unter normalen Verhältnissen von dem Werke machen würde, nicht aber den, den der Besteller in einem speziellen Falle davon machen möchte.

Es kommt also immer darauf an, was der Besteller eines Werkes nach Treu und Glauben dem Unternehmer gegenüber vorauszusetzen berechtigt war[5]).

Bei der dispositiven Natur der Werksvertragsvorschriften steht es, wie beim Kaufe, den Parteien frei, die Haftung auch abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen zu regeln. Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Unternehmers, einen Mangel des Werkes zu vertreten, erlassen oder beschränkt wird, ist gemäß § 637 B.G.B. nichtig, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

Der Unternehmer haftet ferner für die zugesicherten Eigenschaften, d. h. er haftet für alles, was er dem Besteller noch besonders garantiert hat. Die gesetzliche Haftung tritt erst beim Mangel aller Vertragsabreden ein. Gesetzliche und vertragliche Haftung bestehen nebeneinander und schließlich neben beiden noch die Haftung für arglistig verschwiegene Fehler.

Beim Werkvertrage kann eine beim Abschluß des Vertrages zugesicherte Eigenschaft nur so verstanden werden, daß sich der Unternehmer verpflichtet, bei dem noch herzustellenden Werk auch noch die versprochene Eigenschaft herzustellen. Nicht jede einseitige Erklärung des Bestellers ist als Zusicherung anzusehen.

Als besondere Bestimmung kann zwischen Besteller und Unternehmer vereinbart werden ,daß der Unternehmer das Werk unbedingt persönlich herzustellen hat. Grundsätzlich wird man die persönliche Mitwirkung nicht unbedingt für erforderlich halten[6]). Mit Recht bemerkt Planck[7]), daß es

4) Bei neu zu konstruierenden Maschinen genügt nach R.G. 1908, Nr. 208, daß sie so gut hergestellt sind, als dies nach dem neuesten Stand der Technik möglich ist.

5) Vgl. Staudinger, § 633, Anm. 4; Planck, § 637. — Eine Beschränkung der Gewährleistung verstößt auch nicht gegen die guten Sitten. (Nach Seuff. A. 68, Nr. 55.)

6) Nach Planck ist persönliche Mitwirkung des Unternehmers bei der Herstellung des Werkes nicht gesetzlich notwendig (§ 631, Anm. 2 a).

7) A. a. O., § 631, Anm. 2 a.

dem Besteller in der Regel vielmehr auf den versprochenen Erfolg, als darauf ankomme, durch wessen Tätigkeit er erzielt ist.

Tatsächlich aber wird man in vielen Fällen eine besondere vertragliche ausführliche Vereinbarung darüber, daß der Unternehmer das Werk persönlich herzustellen hat, nicht für nötig halten. Hauptsächlich bei künstlerischen und wissenschaftlichen Leistungen wird ohne ausdrückliche Vereinbarung schon ohne Weiteres Sinn des Vertrages sein, daß der Unternehmer persönlich die Ausführung übernimmt[8]).

Ein besonderer Fall der Haftung ist gegeben, wenn ein Mangel arglistig verschwiegen worden ist. Jede Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Unternehmers, einen Mangel des Werkes zu vertreten, erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig. Ohne Bedeutung ist dabei, ob der Mangel des Werkes auf eine schlechte Arbeit des Unternehmers, auf Mängel des von ihm verwendeten Stoffes oder auf einen sonstigen nicht näher aufzuklärenden Umstand zurückzuführen ist. „Es muß hier die Tatsache für sich genügen, daß ein Mangel im Sinne des Absatz 1 (des § 633) vorliegt. Wenn der Unternehmer aber nachweisen kann, daß der Mangel auf einem Fehler des vom Besteller gelieferten Stoffes beruht oder aus dessen besonderen Anweisungen zu erklären ist, so kann der Besteller an sich keine Ansprüche wegen Mängel erheben“[9]).

Die Frage, ob die §§ 633, 634 B.G.B. auch auf immaterielle Werke, z. B. bei einem literarischen oder tonkünstlerischen Werk anzuwenden sind, fällt nicht in den Rahmen der reinen Sachmängelhaftung und kann deshalb hier unerörtert bleiben.

Die Übernahme der Garantie für eine bestimmte Zeit nach der Ablieferung wird bei der Erörterung der Verjährungsfrage von Bedeutung sein. Es kann aber auch ein Garantieversprechen vorliegen, das sich darauf beschränkt, ein Werk mit vertraglich besonders zugesicherten Eigenschaften zu liefern. In einer solchen Garantie liegt kein selbständiges neben der vertraglichen Werklieferung bestehendes Garan-

8) Hier ist die Person des Herstellers und seine Leistungsfähigkeit entscheidend. Vgl. Planck, § 631, Anm. 2a, Enneccerus, § 370 I 1; Riezler, a. a. O., S. 34 nimmt an, daß man eine persönliche Ausführung vereinbart oder Sinn des Vertrages geworden ist, in der Ausführung durch eine Mittelsperson zwar nicht ein „Fehler“ des Werkes im Sinne des § 633 B.G.B. vorliege, jedoch der § 642 B.G.B. Anwendung zu finden hätte. Vgl. Riezler, S. 108.

9) Staudinger, § 633, Anm. 2b.

tieversprechen, sondern nur ein Versprechen, ein vertragsmäßiges Werk zu liefern[10]).

Die Abnahme des Werkes bedeutet nach dem Urteil des Reichsgerichts vom 17. 12. 1909 III 590/08[11]) keine Anerkennung der Leistung als Erfüllung schlechthin. Die Abnahme kann auch mit einer Mängelrüge verbunden sein, und die Prüfung bei Abnahme des Werkes hat nach der zitierten Entscheidung[12]) nicht eine so weit gehende Bedeutung, daß dadurch die nachträgliche Geltendmachung von Mängeln des Werkes schlechthin ausgeschlossen wäre.

Beim Kauf kommt nach § 459 Abs. 1 B.G.B. eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht. Eine solche Bestimmung fehlt im § 633 B.G.B. für den Werkvertrag. Man wird danach annehmen können, daß der Besteller auch die Beseitigung unerheblicher Mängel fordern kann.

β) Schweizerisches Recht.

Nach Art. 364 O.R. ist der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen, oder jedenfalls unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen. Letzteres gilt jedoch nicht für diejenigen Fälle, in denen es nach der Natur des Geschäfts auf persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt.

Während nach Art. 68 O.R. der Schuldner nur dann verpflichtet ist, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt, gilt nach schweizerischem Recht beim Werkvertrage die gesetzliche Präsumtion, daß der Unternehmer das Werk persönlich auszuführen hat oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen lassen muß.

Nach Art. 365 O.R. haftet der Unternehmer, der die Lieferung des Stoffes übernommen hat, dem Besteller für die Güte desselben und hat insoweit Gewähr zu leisten, wie der Verkäufer.

Zeigen sich bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoff oder ergeben sich sonst Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden, so hat der Unternehmer dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen, widrigenfalls die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last fallen (Art. 365, Abs. 3 O.R.).

---

10) Staudinger, § 633, Anm. 5 a. E.
11) R.G. 107, 343.
12) Vgl. auch Staudinger, § 640, Anm. 2b.

Nach schweizerischem Recht besteht danach auch beim Werkvertrage, wie bei der Gewährleistung des Verkäufers als kausale Haftung, eine Gewährleistung des Unternehmers und gleichzeitig die Haftung für Verschulden. Letztere ergänzt die Gewährleistung. Auf sie ist nicht näher einzugehen.

Die Haftung des Unternehmers bei Lieferung eines Stoffes ist die gleiche wie beim Kaufe. Es ergeben sich danach keine Besonderheiten. Der Unternehmer unterliegt deshalb auch der Anzeigepflicht.

Dieser Anzeigepflicht entspricht auch eine Prüfungspflicht auf der anderen Seite, und zwar des Unternehmers. Dieser hat den ihm vom Besteller gelieferten Stoff zu prüfen. Er braucht nur dann nicht haften, wenn es sich um geheime Mängel handelte, die er nicht rechtzeitig erkennen und anzeigen konnte[13]).

Nach Art. 367 O.R. hat der Besteller nach Ablieferung des Werkes, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und dem Unternehmer von allfälligem Mangel in Kenntnis zu setzen. Hierbei ist nach Art. 367, Abs. 2 O.R. jeder Teil berechtigt, auf seine Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige vornehmen zu lassen und die Bekundung des Befundes zu verlangen.

Nach schweizerischem Recht gibt es also eine allgemeine zeitlich begrenzte Rügepflicht. Der Besteller muß das Werk nach der Abnahme prüfen und muß die Mängel sofort nach der Entdeckung anzeigen. „Nicht maßgebend sind, wie beim Kaufvertrag, allfällige, lokale Gewohnheiten; ebensowenig die individuellen Verhältnisse der Wirtschaft des Bestellers"[14]).

Durch Parteivereinbarungen kann die Dauer der Rügefrist gekürzt oder verlängert werden, und zwar ausdrücklich wie konkludent.

Das schweizerische Recht verlangt also zur Erhaltung der Mängelansprüche die Mängelrüge und hierbei die Angabe der Mängel im allgemeinen. „Dagegen kann nach dem Vorbilde des Käufers nicht unbedingt verlangt werden, daß auch die Ursachen der Mängel vom Besteller namhaft gemacht werden. Insbesondere nicht, wenn es dazu besonderer Fachkunde bedarf und der Besteller solche nicht besitzt.

13) Vgl. Becker, Art. 365, Anm. 12.
14) Becker, Art. 367, Anm. 3.

Der Besteller muß eben nicht ohne weiteres einen Fachmann zur Prüfung herbeiziehen. (B.E. 46[2] 37)"[15]).

b) Der Zeitpunkt.

α) Deutsches Recht.

Nach § 644 B.G.B. trägt der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Ist nach der Beschaffenheit des Werkes eine Abnahme ausgeschlossen, so tritt an Stelle der Abnahme gemäß § 646 B.G.B. die Vollendung des Werkes.

Der Begriff „Abnahme" im Rahmen des Werkvertrages ist sehr umstritten. Nach der einen Meinung[16]) ist der Begriff der Abnahme beim Werkvertrag dem Begriff beim Kauf (§ 433 Abs. 2) gleichzustellen. Diese Meinung sieht in der Abnahme die tatsächliche Übergabe.

Man wird dieser Auffassung schwer folgen können. Mit Recht wird von Oertmann[17]) darauf hingewiesen, daß es sich beim Werkvertrage, nicht nur wie beim Kaufe, allein um die Abnahme handelt, sondern auch um des an sich durchgeführten Werkes. Der Begriff der Abnahme beim Werkvertrage hat danach offensichtlich eine weitertragende Bedeutung als beim Kaufe.

Eine zweite Auffassung[18]) verlangt zur Erfüllung des Begriffes der Abnahme, daß der Besteller nicht nur das Werk übernimmt, sondern daß er auch den Gegenstand als das geschuldete Werk anerkenne.

Nach Riezler[19]) enthält die Abnahme also ein doppeltes: „Einen der Apprehension beim Besitzerwerb vergleichbaren tatsächlichen Verfügungsakt und eine die Billigung enthaltende Willenserklärung"[20]).

Nach einer dritten Meinung[21]) soll die Abnahme eine vorläufige Erfüllungsannahme darstellen.

Tatsächlich geschieht auch, wie Planck[22]) ausführt, die Abnahme regelmäßig im Sinne einer Annahme als Erfül-

15) Becker, Art. 367, Anm. 3b.

16) Dernburg II, § 74, 318; Schollmeyer I und Schuldverh. S. 102; Jakobi in Jherings Büchern, Bd. 45, S. 280; Titze, a. a. O., S. 300 ff.

17) A. a. O. § 640, 2bα.

18) Riezler, a. a. O., S. 135.

19) A. a. O., S. 135.

20) Vgl. auch Crome, „Partiarische Rechtsgeschäfte", S. 312 und 313; Enneccerus, § 372, I und Anm. 3; Rümmelin, a. a. O., § 644, Anm. 3.

21) Planck, § 640, I, Anm. 1 zu c.

22) A. a. O., eod.

lung. „Der Auffassung des Lebens und den Bedürfnissen des Verkehrs wird man hiernach am meisten gerecht, wenn man die Abnahme als Annahme der als Erfüllung angebotenen Leistung, als im Sinne des § 363 behandelt."

Auch das Reichsgericht führt in R.G. 57, 388, aus, daß der Begriff Annahme der Erfüllung (§ 341 B.G.B.) Annahme als Erfüllung (§ 363 B.G.B.) und Abnahme (§ 640 B.G.B.) gleichbedeutend sind. Nicht jede bloße äußerliche Hinnahme der Leistung sei schon als Annahme der Erfüllung im Sinne des § 341 anzusehen. Es sei nicht nötig, daß der Empfänger die Erfüllung als fehlerlose, tadellose angenommen habe. Es genüge, wenn der Gläubiger die Leistung körperlich hinnehme und dabei, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, durch sein Verhalten bei und nach der Hinnahme zu erkennen gebe, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne. „Durch ein solches Anerkenntnis wird das Recht des Gläubigers, Mangel der Erfüllung zu rügen, nicht beseitigt"[23]). Auch in R.G. 107, 343 fordert das R.G. grundsätzlich, daß die Leistung nicht nur tatsächlich hingegeben und hingenommen ist, sondern auch der Besteller zu erkennen gegeben hat, daß er die Leistung als eine in der Hauptsache dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne. „Damit tritt eine konkrete Erfüllungsleistung in die Erscheinung und an Stelle des darauf gerichteten Erfüllungsanspruches der dem Werkvertrag eigentümliche Anspruch auf Beseitigung von Mängeln"[24]).

„Der Zeitpunkt wird nach § 640 B.G.B. als Abnahme bezeichnet"[25]).

Man wird dieser letzten Meinung schon aus praktischen Gründen folgen müssen. Sie entspricht in der Tat der Auffassung des Lebens und den Bedürfnissen des Verkehrs. Abnahme, Übernahme sollen nicht gleichzeitig völlige Billigung sein, vielmehr ist die Abnahme Annahme als Erfüllung; es tritt mit ihr nur die Verschiebung der Beweislast gemäß § 163 B.G.B. ein[26]). Es kann sogar eine Verfügung damit verbunden werden[27]).

Der Begriff der Vollendung verlangt lediglich die vollständige Herstellung des Werkes, nicht die mangelfreie

23) Vgl. R.G. 57, 339.
24) Vgl. R.G. 107, 343.
25) R.G. eod.
26) Vgl. Oertmann, a. a. O., § 640, Anm. 2.
27) R.G. 107, S. 343.

Herstellung. Vollendet ist deshalb ein Werk auch dann, wenn es die zugesicherten Eigenschaften nicht hat[28]).

Die Gefahr für den zufälligen Untergang oder Verschlechterung des Stoffes trägt der Besteller selbst, jedoch nur, wenn er ihn geliefert hat, es sei denn ,daß ausdrücklich etwas anderes vereinbart worden ist oder Verzug auf Seiten des Unternehmers vorliegt. Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne daß ein Umstand, den der Unternehmer zu vertreten hat, mitgewirkt hat, so kann der Unternehmer nach § 645 B.G.B. eine der gelieferten Arbeit entsprechende Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslage verlangen.

Eckert[29]) führt hierzu aus, daß in der Praxis in vielen Fällen schwer zu entscheiden sein wird, ob eine während der Herstellung des Werkes eingetretene zufällige Verschlechterung in erster Linie den Stoff oder das Werk getroffen hat, ob also der Besteller die Gefahr des Mangels trägt oder der Unternehmer. Zur Erläuterung bringt er folgendes Beispiel:

„Es übergibt jemand einem Bildhauer einen rohen Marmorblock, um daraus eine Statue anfertigen zu lassen; der Block wird, während die Statue halb fertig ist, durch Zufall so beschädigt, daß er zur Vollendung der Statue unbrauchbar ist."

Falls die Parteien ausdrücklich Vereinbarung getroffen haben, würden für die Lösung der Rechtsfrage die vertraglichen Vereinbarungen maßgeblich sein.

Wer aber trägt die Gefahr, falls solche ausdrücklichen Vereinbarungen nicht getroffen sind? Nach Oertmann[30]) trägt derjenige die Gefahr, in dessen „Sphäre" der Zufall eintrat oder seinen Grund hatte.

Wenn schon einer den Schaden zu tragen habe, so müsse es normalerweise der sein, den das Schicksal gewissermaßen zum Opfer ausersehen habe.

Eqkert[31]) weist darauf hin, wie schwer bei der Betrachtung des vorliegenden Beispieles die Entscheidung ist, in wessen „Sphäre" der Zufall eintrat oder seinen Grund hatte. Eine zufällige Verschlechterung des schon zum Teil

28) Planck, § 646, Anm. 3; Staudinger, § 646, Anm. 2.
29) A. a. O., S. 39.
30) Oertmann, in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 24, S. 48.
31) A. a. O., S. 40.

bearbeiteten Marmorblockes im Atelier des Bildhauers gehöre in dessen Sphäre. Auch jede zufällige Verschlechterung des rohen Marmorblockes, der sich im Atelier befindet, aber noch nicht in Bearbeitung genommen sei, gehöre auch offensichtlich in die Sphäre des Unternehmers. Ihn könne man aber doch in diesem Falle nicht haftbar machen, da dies ausdrücklich der Bestimmung des Gesetzes widerspreche; denn nach § 644 Abs. 1, Satz 3 ist der Unternehmer für den zufälligen Untergang und die zufällige Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes verantwortlich.

Auch Crome[32]) wendet sich gegen die Oertmann'sche Sphärentheorie. „Die Schwierigkeit liegt darin, die Sphäre in der Praxis zu bestimmen ,da es eben Ereignisse gibt, bei denen es sich nicht schlechthin sagen läßt, welchen von beiden Sphären sie angehören."

Selbst Oertmann sind bei einer strengen Durchführung dieser seiner Lehre Bedenken aufgestiegen, indem er in der Erörterung, welche er an ein Beispiel knüpft, S. 51 a. a. O., ausführt: „Wer das verneint so. daß das Ereignis mit der Berechtigung der Sphäre des Lokators beizuzählen sei — muß außer den beiden Betriebskreisen noch eine dritte, neutrale Sphäre anerkennen, in der namentlich die Fälle der höheren Gewalt ihren Platz zu finden hätten. Zweifellos muß hier der Besteller aufkommen."

Nach der Auffassung von Eckert, der einen vermittelnden Standpunkt vertritt, würde sich ein annehmbares Resultat ergeben, wenn der Gesetzgeber im ersten Satze des § 644 Abs. 1 einen Zusatz im Sinne der von Oertmann seinerzeit vertretenen Sphärentheorie hinzugefügt hätte.

Man wird darüber klar sein müssen, daß bei Erörterung dieser Fragen über die Gefahrtragung alle diejenigen Fälle auszuschalten sind, in denen sich nach dem Vertragsabschluß, aber vor der Werkherstellung die Unmöglichkeit der Vornahme solcher Handlungen ergibt, die zu der Werkleistung notwendig wären[33]).

Auszuschalten sind vor allem die Fälle des Unterganges durch ein Verschulden des Unternehmers. Hier kommen die §§ 325 ff. in Betracht. Geht das Werk infolge Verschuldens des Bestellers unter, so greift § 324 B.G.B. ein.

Hier handelt es sich hauptsächlich um den Fall, daß die „Gefahr" eintritt an einem noch nicht vollendeten aber

32) A. a. O., Patriarische Rechtsgeschäfte, S. 319 ff.
33) Staudinger, § 644, II, 1a.

schon teilweise hergestellten Werke. Staudinger[34]) führt hierzu aus: „Die Einbeziehung ergibt sich aus der Verweisung auf die §§ 644, 645 B.G.B., die sich im § 646 B.G.B. findet; denn diese Verweisung hätte sonst keinen Sinn, wenn nicht auch Fälle unvollendeter Werkleistung mit inbegriffen wären." „Es ist sohin, wenn das Werk teilweise vernichtet oder nur teilweise ausgeführt werden konnte und teilweise unausgeführt bleibt, als Regel davon auszugehen, daß der Unternehmer auch solchen Falles nach dem Grundsatz des Absatzes 1, Satz 1 des § 644 eine Vergütung weder ganz noch zum Teil beanspruchen kann."

Grundsätzlich aber gilt die Regel, daß von der Übernahme des Werkes ab der Besteller und nicht mehr der Unternehmer die Gefahr trägt.

In einigen Fällen geht jedoch schon vor der Abnahme die Gefahr auf den Besteller über und zwar, wenn nach § 644 Abs. 1, Satz 2 der Besteller in Annahmeverzug kommt oder wenn bei Verschiedenheit des Erfüllungs- und Bestimmungsortes gemäß § 644 Abs. 2 der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte versendet oder wenn die Voraussetzungen des § 645 Abs. 1 vorliegen, die vorher schon ausgeführt sind.

β) Schweizerisches Recht.

Geht das Werk vor seiner Übergabe durch Zufall zugrunde, so kann nach Art. 376 O.R. Abs. 1 der Unternehmer weder Lohn für seine Arbeit noch Vergütung seiner Auslagen verlangen. Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Besteller sich mit der Annahme im Verzug befindet.

Nach Absatz 2 des Art. 376 O.R. trifft der Verlust des zugrundegegangenen Stoffes bei zufälligem Untergang den Teil, der ihn geliefert hat.

Wenn der Untergang infolge von Mängeln des vom Besteller gelieferten Stoffes bedingt worden ist, ferner, wenn das Werk infolge der vom Besteller vorgeschriebenen Art der Ausführung zugrundegegangen ist, kann der Unternehmer die Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und der im Lohne nicht eingeschlossenen Auslagen und, falls den Besteller ein Verschulden trifft, überdies Schadensersatz verlangen. Notwendig ist allerdings, daß er den Besteller rechtzeitig auf die Gefahren aufmerksam macht (Art. 376 Abs. 3).

---

34) Staudinger, § 644, II, 1bβ.

Das schweizerische Obligationenrecht bringt damit im Gegensatz zum deutschen Recht für den Zeitpunkt des Gefahrüberganges den tatsächlichen Begriff der Übergabe und ersetzt damit den im deutschen Recht bestrittenen Begriff der Annahme. Oser[35]) bemerkt allerdings, daß zur Übergabe zugleich auch die Abnahme des Bestellers gehört, vertritt aber die Auffassung, daß trotz der von Art. 367 und 372 O.R. verschiedenen Ausdrucksweise hiermit die Ablieferung gemeint sei. Die für das deutsche bürgerliche Recht sich ergebenden Schwierigkeiten lösen sich nach dem schweizerischen Recht ohne weiteres dadurch, daß nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (Art. 367 O.R.) der Besteller die Beschaffenheit des Werkes zu prüfen hat, um dann den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Diese Prüfung ist vorzunehmen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist. Der Begriff der Ablieferung ist wohl deshalb rein in der realen Übergabe des Werkes in die Verfügung des Bestellers[36]) zu erblicken. Die Ablieferung setzt daher voraus, daß die übernommenen Arbeiten vollendet sind[37]). Zur Ablieferung einer Maschine gehört auch ihre Montierung[38]). Der Begriff der Ablieferung beim Werkvertrage ist hier der gleiche wie beim Kaufe[39]).

Auch Becker bestimmt den Begriff der Ablieferung dahin, daß die Ablieferung die mit der Absicht der Vertragserfüllung erfolgende Übermittlung in die Verfügungsgewalt des Bestellers ist[40]). Nach Bern Z.P.J.V. 41 249 spielt dabei keine Rolle, ob eine richtige Erfüllung vorliegt[41]).

Grundsätzlich bestimmt Art. 119 O.R., daß eine Obligation bei nachfolgender Unmöglichkeit der Erfüllung er-

35) A. a. O., Art. 376, Anm. 2.
36) Vgl. Oser, Art. 367, Anm. 2a.
37) B. E. 25, 866.
38) B. E. 24, S. 547.
39) Vgl. Oser, Art. 367, Anm. 2.
40) Bern. J.Z. 2, 10, Nr. 37 = Z.P.J.V. 41, 248 ff.
41) Von Becker werden zu Art. 367 zu II, Ziff. 1, zwei Entscheidungen zitiert. Nach der ersteren Z.P.J.V. 35, 583, werden Säulen für einen Neubau verpackt geliefert und müssen an Ort und Stelle noch vom Unternehmer poliert werden. Hier wird eine Ablieferung noch nicht angenommen, bevor die Säulen noch nicht poliert sind, da der Besteller im Zweifel nicht annehmen muß, daß der Unternehmer schon erfüllt haben wolle. Es wird also auf die Absicht der Vertragserfüllung abgestellt. Auf der anderen Seite wird nach der zweiten Entscheidung B. E. in R. 18, 64, Nr. 38, der Tatbestand der Ablieferung nicht für erfüllt angesehen, auch wenn der Besteller ein auf seinem Grund und Boden errichtetes Werk schon vor der Vollendung in Gebrauch nimmt.

lischt, wenn es der Schuldner nicht zu vertreten hat. Nach Abs. 2 des Art. 119 O.R. haftet bei zweiseitigen verpflichtenden Verträgen der hiernach frei gewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung und verliert grundsätzlich die noch erfüllte Gegenforderung. Ausgenommen sind nach Abs. 3 des Art. 119 die Fälle, in denen die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalte des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht. Dieser allgemeinen Regel entspricht auch die besondere Vorschrift des Art. 376 O.R. beim Werkvertrage. Der Unternehmer kann bei zufälligem Untergang des Werkes und Eintreten der Unmöglichkeit der Erfüllung grundsätzlich weder Anspruch auf Zahlung erheben und auch nicht auf Vergütung der Auslagen.

Was den Stoff des Werkes anlangt, so erledigen sich die nach deutschem Recht auftretenden Streitfragen grundsätzlich durch den Absatz 2 des Art. 367, wonach die Gefahr des zufälligen Unterganges auf der Partei lastet, die den Stoff gestellt hat. Hiervon gilt nur die Ausnahme des Absatz 3. Diese greift dann ein, wenn „der Zufall dem besonderen Gefahrkreise des Bestellers angehört“ [42])[43]). Das ist der Fall bei einem Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes oder wenn der Untergang zurückzuführen ist auf die vom Besteller vorgeschriebene Ausführung.

Das schweizerische Recht gibt in solchen Fällen aber nicht dem Unternehmer den Anspruch auf die volle Vergütung, sondern schränkt die Ansprüche des Unternehmers auf die im Abs. 3 des Art. 376 erwähnten Ansprüche ein. Schadensersatzansprüche im vollen Umfange hat der Unternehmer nur bei einem Verschulden des Bestellers. Nach Becker[44]) bildet die Lieferung mangelhaften Materials nicht ohne weiteres ein solches Verschulden. Becker[45]) ist der Meinung, daß es nicht Aufgabe des Bestellers ist, sondern des sachkundigen Unternehmers, die Brauchbarkeit des Materials zu prüfen. „Dagegen wird man ein Verschulden annehmen dürfen, wenn der Besteller trotz Abmahnung darauf beharrt, daß der von ihm bereits gestellte ungeeignete Stoff verwendet würde.“

Nach Art. 378 O.R. Abs. 1 hat der Unternehmer Anspruch auf Vergütung für die geleistete Arbeit und der im

42) Oser, a. a. O., Art. 376 II.
43) Siehe hierzu Ausführungen auf S. 58 ff. dieser Arbeit.
44) Becker, a. a. O., Art. 376 II, Ziff. 4.
45) Becker, a. a. O., Art. 376 II, Ziff. 4, a. E.

Preise nicht inbegriffenen Auslagen, wenn die Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich wird. Hat der Besteller die Unmöglichkeit der Ausführung verschuldet, so kann nach Abs. 2 des Art. 378 O.R. der Unternehmer überdies Schadensersatz fordern.

Oser[46]) führt das Beispiel an, daß der Besteller des Porträts vor der Vollendung stirbt. Es kann infolgedessen nicht fertiggestellt werden; oder das unvollendete Bild blieb in der Wohnung des Bestellers und wird gestohlen.

„Traf der Zufall in der Person des Bestellers das bereits vollendete Werk, so verbleibt es bei der Regel des Art. 376 O.R. Der Unternehmer hat daher ein Interesse an der sofortigen Ablieferung nach der Fertigstellung“[47]).

Nach Art. 365 Abs. 3 muß der Unternehmer, wenn sich bei der Ausführung des Werkes Mängel zeigen, und zwar an dem vom Besteller gelieferten Stoff, oder wenn sich sonst Verhältnisse ergeben, die eine gehörige Ausführung des Werkes gefährden, dem Besteller unverzüglich davon Anzeige zu machen, andernfalls ihm ja die nachteiligen Folgen zur Last fallen.

Die im schweizerischen Recht nicht vorhandene allgemeine Anzeigepflicht, der gleichzeitig auch eine Prüfungspflicht des Unternehmers entspricht, steht nach Abs. 3 des Art. 365 dem Unternehmer zu. Becker[48]) geht offenbar davon aus, daß der Unternehmer als der Sachkundige gewissermaßen nach Treu und Glauben nach dem Inhalte des Vertrages mit dieser Anzeigepflicht dem Besteller dienlich sein muß. Der Unternehmer hat nach Becker[49]) auch das ihm vom Besteller gelieferte Material in gleicher Weise zu prüfen wie sein eigenes. „Er haftet, wenn er offenbar Mängel nicht erkennt oder darüber hinweggeht. Er haftet aber nicht, wenn es sich um geheime Mängel handelt, die er nicht rechtzeitig erkennen und anzeigen konnte (Aargauer Z. 19, 310, Nr. 259).“

Mit der Ablieferung bezw. mit dem Abnahmeverzug der Gegenseite wird der Unternehmer von der Gefahr frei.

Ist einmal die Übergabe vollzogen, „so berührt der Untergang den Unternehmer nur, wenn er auf von diesem zu vertretende Mängel zurückzuführen ist“[50]).

46) Oser, Art. 378, Anm. 1.
47) Oser, eod., Anm. 3.
48) Vgl. Becker, Art. 365, III, Ziff. 12.
49) Vgl. Becker, eod.
50) Vgl. Oser, Art. 376, Anm. 2.

c) Ausschluß der Haftung.

α) Deutsches Recht.

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die Gewährleistungsansprüche nur zu, wenn er sich sein Recht vorbehalten hat (§ 640 Abs. 2 B.G.B.).

Im vorangehenden Abschnitt ist bereits ausgeführt, daß in der Abnahme seitens des Bestellers zwar eine Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 B.G.B. anzusehen ist, aber nach der herrschenden Meinung und auch insbesondere nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[51]) durch diese Annahme als Erfüllung grundsätzlich kein Ausschluß der Gewährleistungsansprüche stattfindet. Der Besteller kann auch später noch Mängel des Werkes rügen.

Kennt nun der Besteller bei der Abnahme einen Mangel des Werkes, so gilt gemäß § 640 Abs. 2 sein Schweigen als Verzicht auf die ihm wegen dieses Mangels zustehenden Rechte gemäß § 633, 634 B.G.B.

Kennt der Besteller den Mangel bei der Abnahme, so findet ein Ausschluß der Haftung des Unternehmers nur dann statt, wenn ein ausdrücklicher Vorbehalt des Bestellers erfolgt.

Ob und inwieweit der Besteller bei der Abnahme zur sofortigen Prüfung verpflichtet ist, ist nach Treu und Glauben zu beurteilen, falls nicht nach dem Inhalte des Vertrages eine besondere Prüfungspflicht vorgesehen ist.

Ist der Werkvertrag ein zweiseitiges Handelsgeschäft, so besteht nach § 381 Abs. 2 und § 377 H.G.B. die gesetzliche Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung und zur Mängelanzeige. Bei Unterlassung dieser Pflichten aber tritt der Ausschluß der Haftung ein. Nach bürgerlichem Recht wird man, wenn der Besteller nach der Ablieferung des Werkes längere Zeit schweigt, ihn unter Umständen auch so behandeln müssen, als ob er das Werk geprüft und gebilligt hätte[52]).

Der Absatz 2 des § 640 bringt ausdrücklich den Ausschluß der Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 633, 634 B.G.B. Nicht erwähnt ist die Bestimmung des § 635 B.G.B. Die Schadensersatzansprüche werden deshalb offensicht-

51) Vgl. vorangehende Judikatur und Literatur.
52) Planck, § 640, Anm. 2b; Oertmann, § 640, 3b; Staub, § 381, Anm. 17 a. E.

lich, folgt man dem Wortlaut des Gesetzes, „weiter geltend gemacht werden können".

Der Schadensersatzanspruch wird dem Besteller sodann verloren gehen, wenn nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles der Verzicht besonders erkennbar in Erscheinung tritt[53]). „Ein Verzicht auf Schadensersatzansprüche ist selbst in dem fortgesetzten Gebrauch eines mangelhaften Werkes nicht unter allen Umständen zu finden."

Während dem Käufer bei einer unerheblichen Minderung bei zugesicherten Eigenschaften die Gewährleistungsansprüche zustehen, ist dem Besteller beim Werkvertrage nach § 634 Abs. 3 die Wandelung versagt, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes unerheblich mindert. Der Ausschluß der Wandelung greift jedoch nur dann Platz, wenn ein Fehler dem Werke anhaftet, nicht auch dann, wenn mangels zugesicherter Eigenschaften sich das Werk als vertragswidrig erweist[54]).

Nach R.G. 66, 170 erscheint es nicht gerechtfertigt, dem Besteller die Wandelungsbefugnis zu versagen gegen einen Unternehmer, der seine Vertragspflicht durch Nichtachtung der bezüglich der Eigenschaften des Werkes getroffenen Vereinbarung absichtlich oder unabsichtlich verletzt. Das R.G. führt in seiner Entscheidung aus, daß schon die Gesetzesmaterialien für die Annahme sprechen, daß der Gesetzgeber im § 634 Abs. 3 B.G.B. die Wandelung allein da ausgeschlossen hat, wo ein positiver Fehler dem Werke anhaftet und nicht auch da, wo mangels zugesicherter Eigenschaften das Werk als vertragswidrig sich erweist.

β) Schweizerisches Recht.

Nach schweizerischem Recht tritt gemäß Art. 370 O.R. der Ausschluß der Mängelhaftung ein, wenn das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt ist, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsmäßiger Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden. Hierbei gilt nach Art. 370 Abs. 2 als stillschweigende Genehmigung, wenn der Besteller die gesetzlich vorgesehene Prüfung und Anzeige unterläßt. Treten

53) Planck, § 640, Anm. 3b.
54) Vgl. auch Planck, § 634, Anm. 3; Oertmann, § 634, 5; Enneccerus, § 371, I, 2a.

die Mängel erst später zutage, so muß die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls das Werk auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt.

Bei geheimen Mängeln muß die Rüge sofort nach der Entdeckung erfolgen.

Unter Genehmigung ist nach Oser[55]) zu verstehen die Erklärung des Willens, das abgelieferte Werk als vertragsgemäß anzusehen. Die Genehmigung kann eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein.

Der Ausschluß der Haftung greift nicht ein bei geheimen und absichtlich verschwiegenen Mängeln. Was unter absichtlicher Verschweigung zu verstehen ist, ist im schweizerischen Recht streitig. Nach Becker[56]) ist „absichtliche Täuschung" und „absichtliches Verschweigen" nicht identisch. Er hält den Tatbestand des absichtlichen Schweigens wohl erfüllt, wenn der Unternehmer ihm bekannte Mängel verschweigt, von denen er annehmen muß, daß der Besteller sie, wenn er sie erkennt, nicht ungerügt hinnehmen werde. Er hält dagegen das Schweigen nicht für ein absichtliches, wenn der Unternehmer nach Lage der Verhältnisse (nach der Lage des Marktes wegen engen persönlichen Beziehungen und dergleichen) damit rechnen darf, der Besteller werde, auch wenn er die Mängel erkenne, darüber hinweggehen[57]). Dagegen genügt nach Fick[58]) bloßes Verschweigen der Mängel nicht. Fick[59]) verlangt vielmehr, daß der Unternehmer Veranstaltungen getroffen hat, um den Besteller das Erkennen der vorhandenen Mängel der Sache oder der Arbeit zu erschweren.

Man wird sich der Auffassung von Oser, die den Anforderungen des Lebens mehr entspricht, anschließen können. Es ist nicht einzusehen, weshalb das Verschweigen nicht als ein absichtliches anzusehen ist, wenn der Unternehmer bei seinem Verschweigen annehmen muß, daß der Besteller sie bei Erkenntnis nicht ungerügt hinnehmen werde.

Art. 370 gibt dann im Absatz 2 noch durch Interpretation der stillschweigenden Genehmigung die gesetzliche Annahme, daß solche stillschweigende Genehmigung anzunehmen ist, wenn der Besteller die gesetzlich vorgesehene Prüfung und Anzeige unterläßt.

---

55) A. a. O., Art. 370, Anm. 1.
56) A. a. O., Art. 370, II, Ziff. 3.
57) Becker, a. a. O., eod.
58) A. a. O., § 370, Anm. 14.
59) A. a. O., eod.

2. Geltendmachung der Rechte.

a) Im deutschen Recht.

α) Anspruch auf Beseitigung.

Ist das Werk mangelhaft, so ist grundsätzlich der Besteller berechtigt, die Abnahme des mangelhaften Werkes abzulehnen; denn der Unternehmer ist nach § 631 B.G.B. verpflichtet, das Werk vertragsmäßig herzustellen. Liegt eine solche vertragsmäßige Herstellung nicht vor, so ist der Besteller gemäß § 320 B.G.B. zur Verweigerung der Bezahlung und der Vergütung berechtigt. Hierbei wird es ohne Belang sein, ob der Mangel der Vertragserfüllung den Wert oder die Tauglichkeit erheblich oder unerheblich mindert.

Eine verhältnismäßige Geringfügigkeit des Mangels könnte lediglich nach § 320 Abs. 2 B.G.B. Berücksichtigung finden. Der Unternehmer ist von vornherein zur Herstellung eines mangelfreien Werkes verpflichtet (§ 633 Abs. 1 B.G.B.). Die Herstellung eines mangelhaften Werkes braucht deshalb auch nicht nur einen Grund für Gewährleistungsansprüche zu bilden, „sondern kann sogar auch eine teilweise, unter Umständen — wenn der Mangel das Werk im Sinne des Vertrages für den Besteller wertlos macht — sogar die völlige Nichterfüllung bedeuten“[1]).

Sonst hat der Besteller bei mangelhafter Lieferung des Werkes, wie beim Kaufe die Gewährleistungsansprüche der Wandelung, Minderung und auf Schadensersatz.

Der maßgebliche Unterschied der Geltendmachung dieser Gewährleistungsansprüche beim Werkvertrage gegenüber denen beim Kauf besteht in der Hauptsache darin, daß diese Ansprüche erst dann gelten gemacht werden können, wenn der Besteller ergebnislos Nachbesserung verlangt hat. Dieser Nachbesserungsanspruch aus der Gewährleistung wegen Mängel ist gegeben, wenn gemäß § 633 B.G.B. dem Werke eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder wenn dasselbe mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Erst, wenn nach § 634 B.G.B. der Besteller dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels der vorbezeichneten Art eine angemessene Frist bestimmt hat mit der Erklärung, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne, oder erst, wenn die Voraussetzungen des § 634 Abs. 1 erfüllt sind, kann der Besteller nach seiner

1) Vgl. Planck, Vorbemerkung zu § 633, 3 bβ.

Wahl Wandelung oder Minderung oder, falls der Mangel des Werkes auf einem Umstande beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat, auch nach § 635 B.G.B. statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Gemäß § 633 Abs. 3 B.G.B. hat der Unternehmer die Verpflichtung und der Besteller einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels beim Werkvertrage.

Das Reichsgericht beschäftigt sich in seiner Entscheidung Bd. 107, S. 339 mit dem Umfange und Inhalt des Beseitigungsanspruches. Es kommt zu der Auffassung, daß der Anspruch rechtsgrundsätzlich zunächst auf Vertragserfüllung gerichtet sei. Praktisch selbstverständlich sei es, daß diese Beseitigung von Mängeln durch Neuherstellung eines mangelfreien Werkes bewirkt würde. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts sei wiederholt grundsätzlich zum Ausdruck gekommen, daß im Falle der Lieferung eines mangelhaften Werkes nur die Mängelbeseitigung, nicht die Neuherstellung des Werkes verlangt werden könne.

„Soweit die Beschränkung des § 633 Abs. 2, Satz 1 reicht, soll die Neuherstellung des Werkes nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Unternehmers sein“[2]).

Nach der Auffassung des Reichsgerichts ist diese Einschränkung auf eine gewisse Schonung, vor allem des verschuldenfreien Unternehmers gerichtet. Tatsächlich entspräche es auch der Erfahrung, daß der Besteller vom Fach kein Interesse habe, mehr als Beseitigung des Mangels zu verlangen. Nicht selten würde auch ein Vertragswille dahin unterstellt werden können, die Lieferungspflicht soll im gegebenen Falle auf die fertige Sache beschränkt sein[3]).

Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge, so kann nach § 633 Abs. 3 B.G.B. der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Der Besteller kann den Mangel nach Belieben durch eigene Arbeit beseitigen oder sich auch hierzu fremder Arbeit bedienen[4]). Wenn er selber Hand anlegt, wird er eine angemessene Entschädigung für seine eigene Leistung beanspruchen können. „Im übrigen findet der Erstattungsanspruch darin seine Grenze, daß Ersatz eines unverhältnismäßigen Aufwandes nicht gefordert werden darf“[5]).

---

2) R.G. 107, 342. Vgl. auch R.G. 57, 275; 59, 329.
3) Vgl. R.G. 107, 342. Vgl. Planck, § 633, Anm. 2a.
4) Vgl. Riezler, a. a. O., S. 113.
5) Vgl. Riezler, a. a. O., S. 114.

Eine besondere Mitteilung des Bestellers an den Unternehmer, daß er den Mangel selbst beseitige, ist nicht nötig[6]). Ist der Unternehmer im Verzuge, so kann der Besteller nach Planck[7]) den Mangel ohne Wissen und selbst wider den Willen des Unternehmers auf dessen Kosten beseitigen.

Wenn der Unternehmer nicht im Verzuge ist, und der Besteller auch in diesem Falle auf seine Kosten Abhilfe schafft, so kommt es darauf an, ob und inwieweit die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. B.G.B.) Anwendung finden können[8]).

Zur Beseitigung des Mangels der im § 633 B.G.B. bezeichneten Art kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach Ablauf der Frist ablehne. Zeigt sich schon vor der Ablieferung ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; die Frist muß so bemessen sein, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft (§ 634 Abs. 1 B.G.B.).

Danach besteht das Recht des Bestellers auf Fristsetzung zur Beseitigung des Mangels mit der im § 634 bestimmten Wirkung neben dem vorher dargelegten Recht des Bestellers auf Beseitigung des Mangels schlechtweg.

Als angemessene Frist im Sinne des § 634 B.G.B. wird eine Frist zu verstehen sein, innerhalb der bei der Lage der Sache angemessener Weise der Unternehmer den Mangel beseitigen kann[9]). Nach Planck[10]) entscheidet aber nicht nur die objektive Möglichkeit, sondern es sind auch, da das ganze Verhältnis unter dem Grundsatz von Treu und Glauben steht, die subjektiven Verhältnisse beider Parteien in billiger Weise zu berücksichtigen. Nach § 633 Abs. 2 ist der Unternehmer berechtigt, die Beseitigung des Mangels zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Dieses Recht des Unternehmers wird auch nicht durch den § 634 Abs. 1 ausgeschlossen[11]).

„Der Besteller kann also zwar nicht die Beseitigung des Mangels verlangen, auch nicht den Mangel mit der Folge des § 633 Abs. 3 selbst beseitigen, er behält aber den An-

6) Vgl. Riezler, eod.
7) Planck, § 633 a 3.
8) Vgl. Planck, § 633 ,Anm. 3; Oertmann, § 633, 2d; Riezler, a. a. O., S. 114.
9) Vgl. auch Planck, § 634, Anm. 1a.
10) Planck, eod.
11) Planck, eod.

spruch auf Wandelung oder Minderung“[12]). Die Fristsetzung wäre in einem solchen Falle, wie Riezler[13]) bemerkt, eine rechtlich gleichgültige Handlung.

Der Bestimmung der Frist gemäß § 634 B.G.B. bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruches auf Wandelung oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird. Die Unmöglichkeit muß eine objektive sein; ein bloß subjektives Unvermögen des Unternehmers genügt nicht, wenn er die Verbesserung durch Dritte vornehmen lassen kann[14]).

Nach dem Ablauf der Frist gemäß § 634 Abs. 1 B.G.B. kann der Besteller Wandelung oder Minderung verlangen, wenn nicht der Mangel rechtzeitig beseitigt ist. Mit dem Ablauf der Frist ist danach der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung des Mangels ausgeschlossen, wenn der Voraussetzung genügt war, daß der Fristbestimmung, der nach § 634 B.G.B. notwendige Zusatz beigefügt war, daß nach fruchtlosem Ablauf die Verbesserung abgelehnt werde[15]). Die Frist kann schon vor Eintritt der Fälligkeit der Werkleistung bestimmt werden. Es wird nur verlangt, daß die Frist nicht vor Eintritt der Fälligkeit abläuft.

„Hat der Besteller die Frist zu kurz bemessen, so ist es nur eine im Interesse aller Beteiligten liegende und statthafte Ergänzung der von ihm abgegebenen Willenserklärung, wenn seiner Bestimmung die Wirkung beigelegt wird, daß er bereit sei, die ausstehende Leistung innerhalb derjenigen Frist noch vorzunehmen, die nach Lage der Sache als die angemessene zu gelten hat. Die Folge einer zu kurzen Fristbestimmung ist deshalb die, daß der Säumige binnen angemessener Frist nacherfüllen darf, nach Ablauf einer solchen aber die Erklärung des Nichtsäumigen in Wirksamkeit tritt“[16]).

β) Wandelung.

Was nun die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche in Form der Wandelung oder Minderung anlangt, so kann im wesentlichen, was die Wandelung angeht, auf

12) Planck, eod.
13) A. a. O., S. 116.
14) Riezler, a. a. O., S. 115.
15) Vgl. Schollmeyer, a. a. O., S. 57; Riezler, a. a. O., S. 116.
16) Vgl. R.G. 56, 234, 235; vgl. auch R.G. 62, 68 ff.; vgl. auch Planck, § 634, Anm. 1 b.

die vorangegangenen Erörterungen hinsichtlich der §§ 465 bis 471 B.G.B. und hinsichtlich der Minderung der §§ 472 bis 475 B.G.B. beim Kauf Bezug genommen werden.

Was die Wandelung anlangt, so ist insbesondere beim Werkvertrage zu prüfen, wie im einzelnen die Rückgewähr stattfindet.

Beim Kaufvertrage muß der Käufer zurückgewähren, was vor Abschluß des Kaufes im Eigentum des Verkäufers, der Verkäufer, was im Eigentum des Käufers war. Beim Werkvertrage wird in der Regel, wenn der Besteller den Stoff lieferte, dieser Eigentümer des Stoffes geblieben sein, während die vom Unternehmer gelieferten Zutaten ebenfalls in das Eigentum des Bestellers durch Verarbeitung oder Verbindung übergegangen sind. Nach Eckert[17]) verbleibt danach das Werk beim Besteller und die ganze Wandelung besteht, sofern die Vergütung bezahlt ist, in einer einseitigen Rückzahlung derselben durch den Unternehmer, wobei dieser jedoch den Wert der Zutaten, die er geliefert hat (§ 951 B.G.B.), und der geleisteten Dienste (§ 346 B.G.B.) anrechnen darf. „Ist die Vergütung noch nicht gezahlt, so mindert sie sich auf den Wert der Zutaten und geleisteten Dienste. Diese Ansprüche des Unternehmers auf Vergütung bestimmen sich in solchen Fällen nach den Vorschriften einer ungerechtfertigten Bereicherung“[18]).

Mit Recht kommt deshalb Eckert[19]) zu dem Ergebnis, daß beim Werkvertrage die Eigentümlichkeit besteht, daß die Wandelung nichts anderes ist, als „eine Minderung der Vergütung, auf welche die Minderungsvorschriften des Käufers keine Anwendung finden“[20]).

γ) Minderung.

Für die Minderung im Rahmen des Werkvertrages finden nach § 634 Abs. 4 B.G.B. die Vorschriften aus dem Kaufvertrage, insbesondere die §§ 465, 472—475 B.G.B. entsprechende Anwendung. Während die Durchführung des Gewährleistungsanspruches der Wandelung mit der Rückgewähr der beiderseitigen Leistung endigt, setzt die Minderung zunächst voraus, daß die Parteien die Leistungen behalten. Der Besteller des Werkes macht lediglich das Recht geltend, entsprechend dem verminderten Wert die vereinbarte Vergütung herabzusetzen. Dieser Anspruch steht

17) A. a. O., S. 81.
18) Engeling, a. a. O., S. 50.
19) A. a. O., S. 82.
20) Eckert, a. a. O., eod.

dem Besteller auch dann zu, wenn das gelieferte Werk bereits untergegangen ist.

Im Gegensatz zur Wandelung ist die Minderung auch zulässig wegen unerheblicher Mängel. Bei Lieferung mehrerer Sachen wird bei Mangelhaftigkeit einzelner jeweils festzustellen sein: War für jede einzelne Sache ein bestimmter Preis festgesetzt, so findet hinsichtlich dieser eine genau begrenzte Teilvergütung für diesen Sonderteil des gelieferten Kaufobjektes die Minderung statt.

In den meisten Fällen wird aber bei einer Gesamtlieferung, besonders wenn mehrere Sachen zusammen geliefert werden, anzunehmen sein, daß auch ein Gesamtpreis vereinbart worden ist. Werden die Sachen zu einem Gesamtpreis hergestellt, so findet, auch wenn die Sachen nicht zusammengehören, zwar die Minderung nur in Ansehung der mangelhaften Sache statt, aber der Gesamtpreis wird gekürzt unter Zugrundelegung des Wertes aller Sachen (§ 472 Abs. 2 B.G.B.). Sind auf Unternehmer- und Bestellerseite mehrere Personen beteiligt, so kann nach §§ 634 Abs. 4, 474 Abs. 1 von jedem und gegen jeden Minderung verlangt werden.

Nach § 634 Abs. 4, § 472 B.G.B. ist bei der Minderung für die Vergütung das Werk in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufes der Wert der Sache im mangelfreien Zustande zu dem wirklichen Wert in der mangelhaften Art des ausgeführten bestanden haben würde.

Es ist bestritten, ob maßgeblich als Zeitpunkt für diese Wertfeststellung die Zeit des Vertragsabschlusses oder die Zeit der Abnahme oder Ablieferung des Werkes ist. Planck[21]) vertritt die Auffassung, daß der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich ist. Dernburg[22]) und Oertmann[23]) treten für den Zeitpunkt der Abnahme ein.

Fischer-Henle[24]) und Riezler[25]) halten dagegen wieder den Zeitpunkt des Abschlusses für entscheidend, ebenso Levy[26]), Brückner[27]) und Enneccerus[28]).

Der Reichsgerichtsrätekommentar vertritt die Auffassung, daß allerdings für die Annahme des Zeitpunktes der Ab-

21) A. a. O., § 634, 4.
22) A. a. O., II, § 320, III.
23) A. a. O., § 634, 4b.
24) Fischer-Henle, a. a. O., § 634, Erl. 11.
25) A. a. O., S. 117.
26) A. a. O., S. 44.
27) A. a. O., „Recht" 1908, S. 840.
28) Enneccerus, a. a. O., § 371, I, 2c.

nahme die §§ 634, 641 Abs. 1, 644 sprächen. Gleichwohl entscheidet sich der Kommentar für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, da nach § 634 Abs. 4 auf die Minderung, die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 469—475 B.G.B. entsprechende Anwendung finden sollten, nach § 472, Abs. 1 aber bei der Minderung des Kaufpreises der Vertragsabschluß maßgebend sei.

Von ähnlichen Gedanken geht Levy[29]) aus. Er führt aus, daß der Käufer, wenn er den Mangel der Sachen gekannt hätte, den Kaufpreis in demselben Verhältnis geringer bestimmt haben würde, in welchem der wirkliche Wert der mangelhaften Sache zur Zeit des Verkaufes geringer war als der Wert derselben in mangelfreiem Zustande. Die Ansicht Dernburgs, daß für den Zeitpunkt der Minderung der Augenblick der Ablieferung in Betracht komme, habe abgesehen davon, daß diese Auffassung mit dem Text des B.G.B. in Widerspruch stehe, praktisch ebensoviele Nachteile wie die hier vertretene Auffassung.

Die eingehendste Prüfung der gegenteiligen Meinung findet sich bei Oertmann[30]).

Die Erwägung der Vertreter der gegenteiligen Meinung, die dahingeht, daß der Besteller vermutlich eine entsprechende geringere Entlohnung dafür versprochen haben würde, hätte er gewußt, daß das Werk minderwertig geliefert würde, sei eine fernliegende, auf unerweisliche Vermutungen gesetzte Erwägung. Der Besteller wollte überhaupt kein mangelhaftes Werk (Kuhlenbeck) „Die Abschätzung eines Werkes, das noch nicht da ist, unter Berücksichtigung von Mängeln, die es noch nicht hat, ist, wie Crome treffend ausführt, schlechthin untunlich. Allerdings wird es vielleicht wegen des Mangels nicht oder nicht sogleich zur Abnahme kommen. Man wird somit nicht den Zeitpunkt, wo das Werk wirklich abgenommen wird, für maßgebend erachten, sondern den, wo es ohne den Mangel hätte abgenommen werden müssen[31])".

Staudinger tritt in der früheren Auflage seines Kommentars[32]) für den Zeitpunkt der Abnahme des Werkes ein. Die insbesondere im Zitat von Oertmann (siehe oben) angegebenen Bedenklichkeiten dürften aber nicht so stichhaltig und bedeutungsvoll sein, der herrschenden Meinung nicht beizustimmen, daß der Zeitpunkt des Abschlusses des

29) A. a. O., S. 44.
30) A. a. O., § 634, 4b übereinstimmend mit Crome, § 265, Anm. 58.
31) Oertmann, § 634, Anm. 4b.
32) II. Bd., § 634, 1, München 1901.

Werkvertrages maßgebend sein muß. Auch Staudinger[33]) folgt der herrschenden Auffassung jetzt, und sieht den Grundgedanken der Vorschrift darin, daß der Käufer, falls er den Mangel der Sache gekannt hätte, den Preis geringer angesetzt hätte. Es liegt ein Anlaß vor, dieser hypothetischen Begründung nicht zu folgen. Man wird den § 472 B.G.B. auch hier entsprechende Anwendung finden lassen können. War die Berechnungsweise beim Kaufgeschäft möglich, wird man sie beim Werkvertrag auch nicht ohne weiteres ablehnen können. Auch für den Werkvertrag muß deshalb angenommen werden, daß jeder Besteller von vornherein eine niedrigere Vergütung vereinbart hätte, wenn er von Anfang an hätte damit rechnen müssen, daß er ein mangelhaftes Werk erhalten würde[34]).

Durch die Minderung wird der Besteller von der versprochenen Vergütung soweit befreit, als dieselbe herabgesetzt worden ist. Soweit der Besteller bereits geleistet hat, kann er aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung den entsprechenden geminderten Teil zurückfordern.

Die Art der Ermittlung des Betrages bei der Minderung ist bereits eingehend bei der vorangehenden Erörterung der Minderung beim Kaufe dargestellt worden und braucht hier nicht weiter erörtert zu werden.

δ) Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Die Gewährleistungsansprüche für die Wandelung und Minderung sind beim Werkvertrage dem Besteller gegeben, wenn der Unternehmer die ihm vom Besteller zur Beseitigung des Mangels gesetzte Frist schuldhafterweise hat verstreichen lassen, ohne die Ausbesserung vorzunehmen, oder der Besteller aus den im § 634 Abs. 2 angegebenen Gründen von der Fristsetzung befreit war.

Wenn der Besteller als weiteren Gewährleistungsanspruch Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen will, so muß er neben den vorbezeichneten Voraussetzungen noch weiter darlegen, daß der Mangel des Werkes auf einem Umstand beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat.

Durch den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß § 635 B.G.B. werden jedoch andere auf allgemeinen Grundsätzen beruhende Schadensersatzansprüche nicht ausgeschlossen. Bei dem Anspruch nach § 635 ist lediglich Vor-

33) A. a. O., § 634, Anm. 3a.
34) Staudinger, eod.

aussetzung, daß der Schaden unmittelbar aus der Mangelhaftigkeit des Werkes hervorgegangen ist. Der Schaden mußte dem Werke auch unmittelbar anhaften und in dem Zeitpunkte der Abnahme vorliegen. Der R.G.R.K.[35]) unterscheidet dabei zwischen solchen Schäden, die unmittelbar aus der Mangelhaftigkeit des Werkes hervorgehen und solchen, die erst durch Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses verursacht worden sind. —

Handelt es sich danach um einen Schaden ersterer Art, so kann der Besteller den Schadensersatzanspruch nicht neben oder nach den Ansprüchen auf Wandelung oder Minderung durchführen[36]).

Ist dagegen der Schaden durch Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses entstanden, so steht ein darauf gestützter Schadensersatzanspruch dem Besteller auch neben und nach vollzogener Wandelung oder Minderung zu[37]).

Es bleibt noch kurz zu erläutern ,was unter „vertreten" im Sinne des § 635 B.G.B. zu verstehen ist („Mangel des Werkes beruht auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat").

Unter Vertretenmüssen ist zu verstehen: „Haftung wegen Verschuldens"[38]).

Letzteres kann in Vorsatz oder Fahrlässigkeit gegeben sein. Das Verschulden der Hilfspersonen (§§ 276, 278 B.G.B.) steht dem eigenen Verschulden gleich.

Ein vom Unternehmer zu vertretender Umstand kann aber auch in einem Garantieversprechen zu sehen sein.

So führt das R.G. in Bd. 58, 180 aus: „Den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung regelt der § 635 B.G.B. Nach der hier getroffenen Bestimmung greift der Anspruch dann Platz, wenn der Mangel des Werkes auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstande beruht und dies trifft dann zu, wenn der vorhandene Mangel durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit herbeigeführt ist (§ 276 B.G.B.) oder aber der Unternehmer die fehlende Eigenschaft des Werkes nicht bloß im Sinne des Versprechens desselben zusicherte, sondern für ihre Gewährung einzustehen sich verpflichtet hat."

35) A. a. O., § 635, Anm. 3.
36) Der R.G.R.K. nimmt dabei Bezug auf die R.G. 58, 178; 95, 2.
37) R.G. 95, 2.
38) Levy, a. a. O., S. 54.

b) Im schweizerischen Recht.

α) Anspruch auf Beseitigung.

Die Gewährleistungsansprüche des Bestellers nach schweizerischem Recht unterscheiden sich in ihrer Geltendmachung nicht unerheblich von denen nach deutschem Recht. Die deutsche Regelung, nach der die Gewährleistungsansprüche der Wandelung, Minderung und des Schadensersatzes erst subsidiär möglich sind, und zwar nach der Geltendmachung des Verlangens auf Nachbesserung, finden sich im schweizerischen Recht nicht.

Die schweizerische Regelung schließt sich vielmehr im wesentlichen den Bestimmungen über den Kaufvertrag (Art. 205—209 O.R.) an. Während jedoch beim Kaufe für den Käufer ein Wahlrecht zwischen Wandelungs- und Minderungsklage besteht, das überdies der richterlichen Nachprüfung unterliegt (Art. 205 O.R.), findet beim Werkvertrage nach Art. 368 O.R. durch das Gesetz selbst eine Ausscheidung der Tatbestände statt, an deren Folgen der Besteller und das Gericht gebunden sind[39]).

Der Besteller hat an Gewährleistungsansprüchen:

1. Den Anspruch auf Minderung der Vergütung oder Verlangen der Verbesserung;
2. die Verweigerung der Annahme, die vielleicht als eine Art Wandelung zu betrachten ist;
3. den Schadensersatzanspruch.

Weitere Gewährleistungsansprüche sind nicht gegeben. „Der Besteller hat also nicht das Recht (wie es Art. 206 beim Kauf gewährt), die Lieferung eines anderen Werkes zu verlangen und der Besteller hat nicht die Möglichkeit, ein vertragsmäßiges Werk zu liefern, oder (falls die Voraussetzungen von Abs. 1 gegeben sind) das gelieferte Werk zu verbessern“[40]).

Für die Ausübung des Minderungsanspruches oder das Verlangen auf Verbesserung ist es gleichgültig, ob die Mängel erheblich oder unerheblich sind. Der Besteller hat auch zwischen beiden Möglichkeiten die Wahl, falls die Nachbesserung nicht unverhältnismäßige Kosten verursacht.

Denn nach Art. 368 Abs. 2 O.R. kann der Besteller einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug vom Lohne machen oder die unentgeltliche Verbesserung des Werkes beanspruchen, auch wenn in beiden Fällen die Mängel oder die Abweichung vom Vertrage minder erheb-

39) Vgl. Oser, Art. 368, Anm. 1.
40) Vgl. Oser, Art. 368, Anm. 4.

lich sind und im letzteren Falle (Verbesserung), sofern dem Unternehmer Verbesserung nicht erhebliche Kosten verursacht.

Leidet das Werk dagegen an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst zu sehr vom Vertrage ab, daß es für die Zwecke des Bestellers unverwendbar ist, oder wenn sonst die Abnahme dem Besteller nicht zuzumuten ist, so ist der Besteller zur Verweigerung der Annahme berechtigt. Man sieht in diesem Recht eine Art Wandelung (Heimschlagung). Voraussetzung ist, daß die Mängel auf unrichtiger Erfüllung beruhen.

Sowohl für den Fall, daß das Werk wegen vorhandener Mängel zum vorausgesetzten Zwecke nicht brauchbar ist, wie auch für den Fall, daß die Abnahme dem Besteller nicht billigerweise zugemutet werden kann, kommen im allgemeinen bezw. zum Teil die gleichen Gesichtspunkte zur Geltung, wie beim Kaufvertrage. „Im Gegensatz zum Kaufvertrage spielen beim Werkvertrage die geschäftlichen Verhältnisse des Lieferanten regelmäßig eine größere Rolle: Der Möbelhändler wird eher in der Lage sein, eine Büro- oder Wohnungseinrichtung, die wegen Rissen beanstandet wird, anderweitig abzusetzen, als der einfache Tischler, der sie extra für den Besteller angefertigt hat, weshalb Wandelung den letzteren schwerer treffen würde und nur in außerordentlichen Fällen angemessen ist“[41]).

β) Schadensersatz.

Neben dem Anspruch auf Wandelung, Preisminderung oder Verbesserung besteht der Anspruch auf Schadensersatz. Dieser ist abhängig von dem Verschulden des Unternehmers. Nach Handelsgericht Zürich Bl.H.E. 16, 319 E. 8 ist dem Unternehmer im allgemeinen zum Verschulden anzurechnen, wenn der die erforderliche Sachkunde nicht besitzt oder von ihr nicht den erforderlichen Gebrauch macht. „Er haftet daher für den Schaden, wenn er, obschon nicht fachkundig, die Erstellung eines Werkes übernimmt und unterläßt, einen sachkundigen Gehilfen zuzuziehen“[42]).

Die gesetzliche Haftung für Verschulden ergibt sich aus dem Art. 364 O.R. Ebenso stützen sich die Ansprüche auf Schadensersatz auf den gleichen Artikel. Danach hat der Besteller beim Verschulden der Schadensersatzansprüche, wenn das Werk an erheblichen Mängeln leidet, oder wenn

41) Vgl. Becker, Art. 368, Anm. 4.
42) B.E. 16, 762 und 20, 647; Becker, Art. 364, I, Ziff. 2.

das Werk vom Vertrage so abweicht, daß es entweder für den Besteller unbrauchbar ist, oder ihm die Annahme nicht billigerweise zugemutet werden kann. Die Ansprüche bestehen auch dann, wenn die Mängel und Abweichungen mindererheblich sind. In jedem Falle ist Voraussetzung der Schadensersatzklage die rechtzeitige Mängelrüge[43]).

3. Verjährung der Rechte.

α) Deutsches Recht.

Nach § 638 B.G.B. verjähren die Ansprüche des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels sowie auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz, sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten.

Maßgeblich für den Beginn der Verjährung ist der Zeitpunkt der Abnahme des Werkes (§ 638 Abs. 1, Satz 2) und, wo eine Abnahme ausgeschlossen ist, der Zeitpunkt der Vollendung des Werkes (§ 646 B.G.B.).

Die Verjährungsfristen werden berechnet nach den Vorschriften der §§ 186 ff. B.G.B.

Eine Hemmung der Verjährungsansprüche findet statt, wenn sich der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder Beseitigung des Mangels unterzieht. Dabei ist die Verjährung solange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber die Beseitigung des Mangels erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert (§ 639 Abs. 2 B.G.B.). Eine Unterbrechung der Verjährung findet statt, wenn der Besteller gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt. Für die Unterbrechung gelten die entsprechenden Vorschriften wie beim Kauf.

Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert oder verkürzt werden (§ 638 Abs. 2 B.G.B.). Ein Ausschluß der Verjährung ist nach § 225 B.G.B. unzulässig. Die im Verkehr häufig vorkommenden Garantiefristen haben, wie beim Kauf, in vielen Fällen lediglich die Bedeutung einer Verlängerung oder Verkürzung der Verjährung.

Levy[1]) weist unter Bezugnahme auf Emerich[2]) und Motive II, S. 240 darauf hin, daß die Garantiefrist auch die

43) Z.P.J.V. 2, 10, Nr. 39. — Vgl. Fick, Art. 368, Anm. 43.
1) A. a. O., S. 60.
2) A. a. O., S. 77.

Bedeutung haben kann, daß der Unternehmer sich verpflichtet, alle während dieser Zeit auftauchenden Mängel zu beseitigen, ohne im übrigen die Bestimmungen über die Verjährung zu verändern.

Verschweigt der Unternehmer den Mangel arglistig, so ist die kurze Verjährung ausgeschlossen und es greift die gewöhnliche Verjährungsfrist von 30 Jahren ein.

Gemäß § 639 Abs. 1 kommen die § 478, 479 B.G.B. auch für den Werkvertrag zur Anwendung. Hat also der Besteller den Mangel des Werkes dem Unternehmer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesandt, bevor der Anspruch auf Wandelung oder Minderung verjährt war, so kann er noch nach Vollendung der Verjährung die Vergütung für das Werk insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde.

Hatte der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen, so bedarf es nicht einmal der Anzeige oder einer ihr nach Abs. 1 des § 478 B.G.B. gleichstehenden Handlung.

Auch die Einrede der Aufrechnung des Schadensersatzanspruches nach Ablauf der Verjährung ist gegeben in entsprechender Anwendung des § 479 B.G.B.

Die Möglichkeit der Einrede hängt von der im § 478 Abs. 1 B.G.B. angegebenen Voraussetzung ab, es sei denn, daß Arglist vorliegt. In diesem Falle kann auch noch nach der Vollendung der Verjährung der Besteller gegen die Vergütung des Unternehmers aufrechnen.

Bei einem Schadensersatzanspruch, der nicht auf § 635 B.G.B. basiert, sondern sich aus allgemeinen Grundsätzen herleitet, kommt nicht die kurze Verjährung des § 638 B.G.B., sondern die 30jährige Verjährung in Betracht[3]).

β) Schweizerisches Recht.

Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren gemäß Art. 210 mit dem Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung an den Käufer. Selbst, wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, daß der Verkäufer eine Haftung für längere Zeit übernommen hat. Diese Bestimmungen über den Kauf (Art. 371 O.R.) gelten auch für die Ansprüche des Bestellers wegen Mängel des Werkes. Die Parteien können die Verjährungsfrist verlängern oder verkürzen, wie es aus Abs. 1 des Art. 210 O.R. hervorgeht.

3) Vgl. auch § 638, R.G.R.K., Anm. 1 und § 635, Anm. 3.